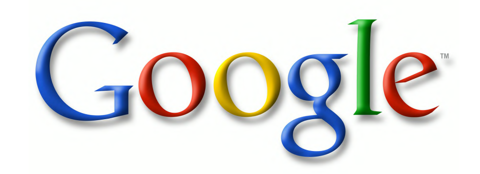
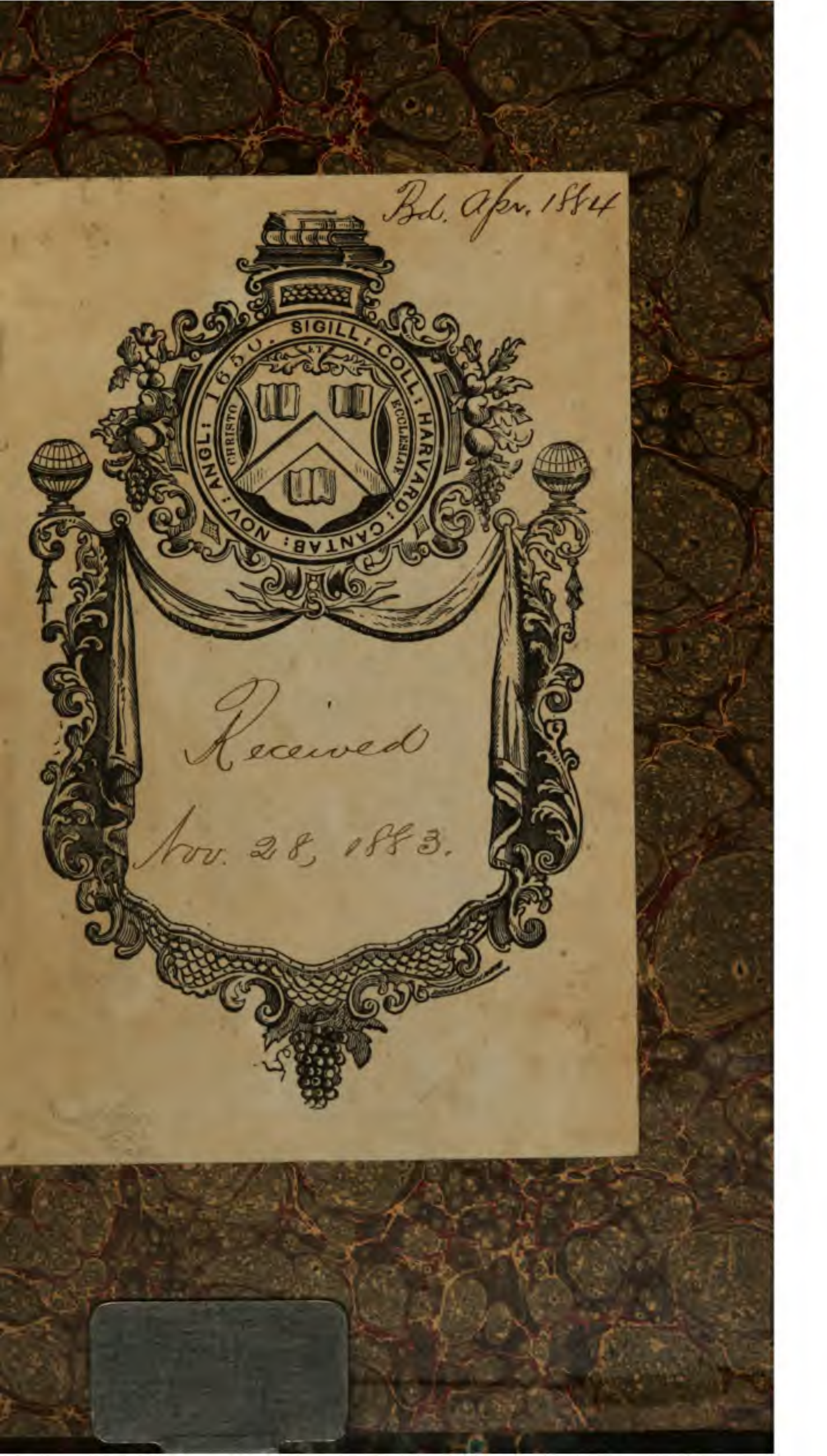
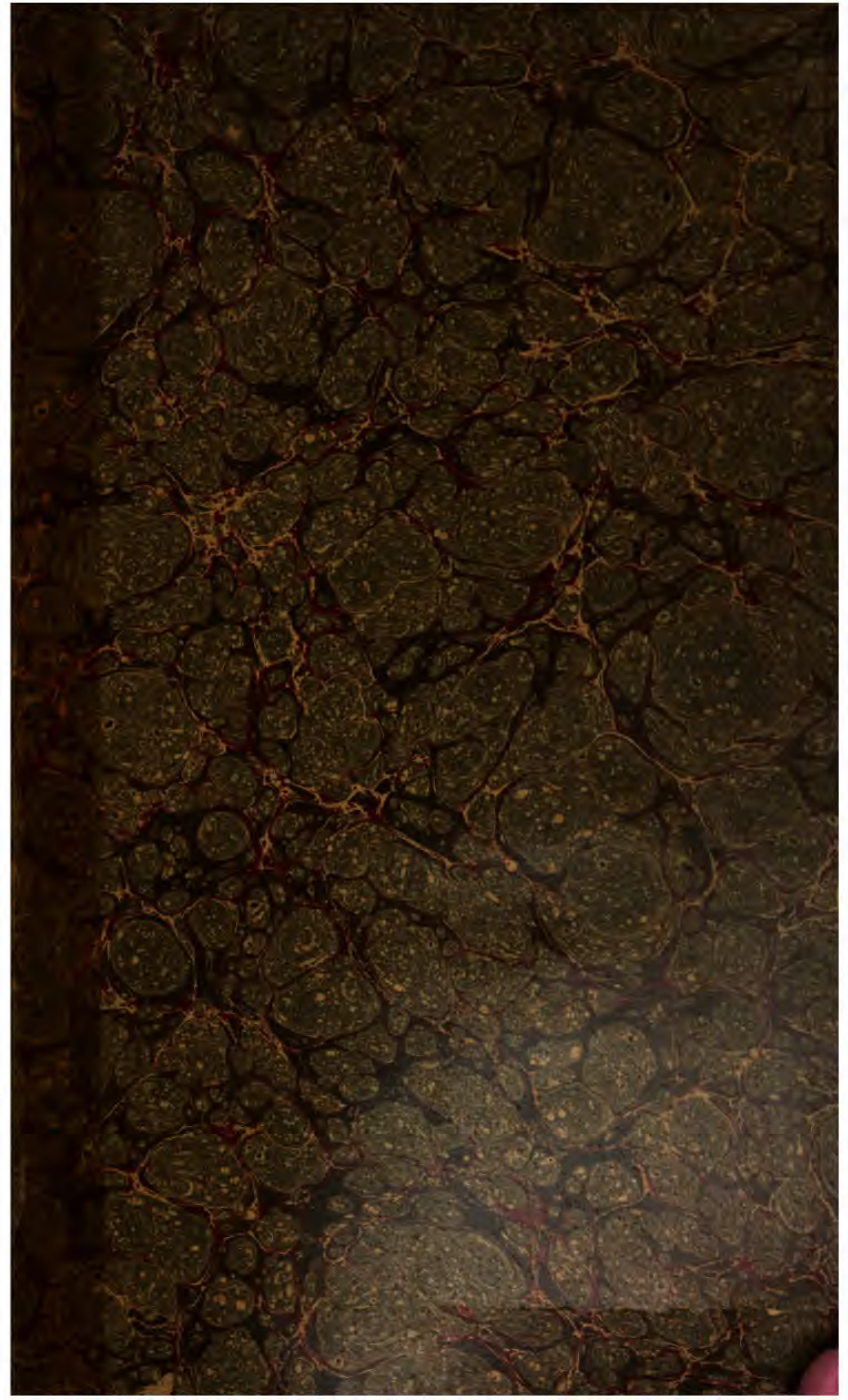



Bd. Apr. 1884
SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
Received
Nov. 28, 1883.



Die

Lehre vom subpignus.

Eine
von der Rostocker Juristenfacultät gekrönte
Preisschrift

von

Dr. Rudolph Sohm.

Motto:
Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.
Celsus.

Rostock.
Stiller'sche Hofbuchhandlung.
(Hermann Schmidt.)
1864.

Rec. Nov. 28, 1883.

Dem Herrn

Dr. Georg Wilhelm Wetzell,

Geh. Justizrath, und ord. Professor der Rechte
in Tübingen,

meinem hochverehrten Lehrer

ehrfurchtsvoll und dankbar

zugeeignet.

Vorwort.

Ehe die vorliegende Arbeit zu ihrem eigentlichen Thema schreitet, wird in zwei Paragraphen vom Begriff des Pfandrechts und von der Anwendung dieses Pfandrechtbegriffs auf die Verpfändung von Sachen und Rechten gehandelt. Die Ausführlichkeit dieses einleitenden Theils möchte unnöthig und überflüssig scheinen. Zu meiner Rechtfertigung schon hier einige wenige Worte.

Das Afterpfandrecht ist, wie seines Orts bewiesen werden soll, ein Pfandrecht am Pfandrecht. Dieser Umstand wird nach zwei Seiten hin für die Lehre vom Afterpfandrecht von Einfluß. Zunächst wird der Begriff des Pfandrechts von doppelter Wichtigkeit, weil er in doppelter Weise zur Anwendung kommt. Ferner nimmt das Afterpfandrecht vermöge seiner eigenthümlichen Natur an allen den Erscheinungsformen Theil, die das Pfandrecht als Pfandrecht an Sachen und Pfandrecht an den verschiedenen Rechten anzunehmen vermag. Die Lehre vom Begriff wie von den Erscheinungsformen des Pfandrechts nimmt darum für die Lehre vom Afterpfandrecht nicht allein eine einleitende, sondern zugleich eine grundlegende Stellung ein. Wie das Pfandrecht im Afterpfandrecht zu sich selbst zurückkehrt, so nimmt auch die Lehre vom Afterpfandrecht die gesammte Lehre vom Pfandrecht wieder in sich auf.

Dieser Umstand verlangte eine sichere Basis in der Lehre vom Pfandrecht, auf welche die ganze Arbeit sich gründe. Da

ich mich hier auf eine der herrschenden Ansichten nicht beziehen kann, weil ich sie nicht theile, war eine nähere Besprechung der einschlagenden Punkte unumgänglich. Dahin gehört namentlich die Feststellung des Pfandrechtbegriffs und der Beweis der Richtigkeit desselben in seiner Durchführung durch die verschiedenartigsten Formen, deren er fähig ist. So hat der erste Theil dieser Arbeit die Umfänglichkeit gewinnen müssen, in der er vorliegt. Selbstverständlich ist dabei eine vollständige Berücksichtigung aller von anderer Seite her aufgestellten Ansichten unterblieben; ich habe mich in diesem Theil hauptsächlich auf die Darstellung meiner Ansicht beschränkt. Dieselbe muß sich durch eigne Consequenz und eignen Zusammenhang selbst rechtfertigen. Nur an Punkten, die insbesondere für die Lehre vom Afterpfandrecht unmittelbar von Interesse sind, konnte ein umständlicheres Eingehen nicht erspart werden.

Auf die Methode der Arbeit, über die ich mir gleichfalls hier ein Wort gestatte, war namentlich der Umstand von Einfluß, daß die Lehre vom subpignus wenig selbstständiges, ihr eigenthümliches Quellenmaterial besitzt. Um zu sicheren Resultaten zu gelangen, galt es namentlich die Klarstellung allgemeiner, principieller Fragen. Je weniger auf die Quellen zurückgegangen werden konnte, um so mehr mußte aus Principien deducirt werden. Das Zweifelhafte solcher, stets auf subjectiver Grundlage ruhenden, Resultate, habe ich mir nicht verhehlt; dennoch war dies der Weg, der hier allein zum Ziele führen konnte.

Soviel hievon. Die Anordnung des Stoffs ergiebt die beigefügte Inhaltsangabe.

Rudolph Sohm.

Inhalt.

Einleitung.

Quellen und Literatur.

Das römische Recht ist in seinen Bestimmungen über das Afterpfandrecht äußerst lückenhaft. Wir finden nur einen Titel des Codex, si pignus pignori datum sit (8, 24), der unsere Frage principiell behandelt; in den Digesten müssen wir uns die einschlagenden Stellen aus den verschiedenen Titeln zusammensuchen. Hervorzuheben sind die l. 11 § 5. l. 40 § 2 D. de pign. act. (13, 7), l. 13 § 2 D. de pignoribus (20, 1), l. 14 § 3 D. de div. temp. praescr. (44, 3). Aus dem Corpus juris canonici schlägt nur das cap. 6 X. de pignoribus (3, 21) hier ein.

So unvollständig und theilweise zweideutig unsere Quellen sind, so reich ist die Literatur, die sich, namentlich in neuerer Zeit, über unsere Lehre verbreitet hat. Von selbstständigen Werken über das Afterpfandrecht, die diese Lehre in ihrem ganzen Umfange entwickeln, giebt es allerdings nur ein einziges,

> Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. Ein Beitrag zur Lehre vom Pfandrechte, insbesondere zur Lehre von der Verpfändung der nominum. Güstrow 1834.

Doch findet es sich bei Gelegenheit anderer Lehren vielfach auch von anderen Schriftstellern behandelt. Von größerem Interesse

ist nur die neuere Literatur, die sich seit Anfang dieses Jahrhunderts entwickelt hat. Ich stelle dieselbe hier zunächst vollständig zusammen.

Gesterding, über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. Greifswald 1812. S. 21 ff.

Derselbe, die Lehre vom Pfandrecht, nach Grundsätzen des römischen Rechts, dogmatisch-polemisch dargestellt. 2. Aufl. Greifswald 1831. S. 78 ff. (1. Aufl. Greifsw. 1816.)

Derselbe, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. Greifswald 1832. Theil 4. Abth. 1. S. 199 ff.

Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald 1817, 3. Aufl. 1836. S. 336 ff.

Huschke, de pignore nominis. Gottingae 1820. cap. II. § 3.

Derselbe, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. 20. S. 220 ff.

Gaupp, de nominis pignore. Berol. 1820. S. 40 ff.

Hepp, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 13. S. 350 ff. Ebendas. Bd. 15. S. 86 ff.

Sintenis, pfandrechtliche Streitfragen. Zerbst 1835. S. 33 ff.

Derselbe, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836. S. 167 ff.

Fuhr und Hoffmann, civilistische Versuche. Darmstadt 1835. S. 72 ff.

Büchel, civilrechtliche Erörterungen. 1834. 2. Aufl. 1847. Bd. 1. S. 389 ff. 436 ff. 472 ff.

Buchka, de pignore nominis. Rostochii 1843. S. 26 ff.

Heimbach, Rechtslexicon. Bd. 8. S. 75 ff.

Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Leipzig 1860. S. 475 ff.

Schmid, die Grundlehren der Cession nach römi-

schem Recht dargestellt. Braunschweig 1863. Bd. 1. S. 140 ff.

Dazu sind zu vergleichen die gangbaren Lehrbücher von Puchta, Pandekten § 208, Vorlesungen, 4. Aufl. Bd. 1. S. 436 ff., Arndts § 367 Anm. 3. § 382, v. Vangerow I. § 368 Anm. 2, Brinz I. S. 323 ff., Windscheid I. S. 631 ff.

Unter der älteren und ältesten Literatur ist es schwer, eine Auswahl zu treffen. Bedeutend ist nach der Glosse eigentlich nur die Leistung des

Donellus, tractatus de pignoribus et hypothecis, Lugdun. 1575, cap. 8.

neben dem etwa noch die Ausführungen des

Mudaeus, tract. de pignoribus et hypothecis, Lugdun. 1575, sect. quae res obligentur, n. 17 sqq.

Balduinus, tract. de pignoribus et hypothecis, Lugdun. 1589, cap. 12.

Negusantius, tract. de pignoribus et hypothecis, Colon. 1618, pars 2. membr. 3. num. 18 sqq., n. 29 sqq., n. 57, m. 4 n. 136 sqq., p. 3. m. 1. n. 14.

Bachovius, de pignoribus et hypothecis, Francof. 1627, lib. 2. cap. 8. 9.

ihren Platz finden mögen. Von den Commentatoren sind namentlich Bartolus, Baldus, Salicetus, Raphael Fulgosius in ihren Erklärungen zu den oben angeführten Stellen der justinianeischen Rechtssammlung zu nennen. Im Uebrigen finden sich, namentlich bei den Schriftstellern des 17. Jahrhunderts, nur einzelne Aeußerungen, die sich auf das Afterpfandrecht beziehen, fragmentarisch in den verschiedenen Schriften zerstreut. Die Lehre vom Afterpfandrecht hat das Eigenthümliche, daß ihre Quellen sowohl wie ihre Literatur weither aus allen Gegenden zusammengesucht werden müssen. Oben konnten wir fast nur einzelne Gesetzesstellen, hier können wir nur Citate aus den verschiedenen Schriftstellern zusammenstellen. Die Arbeit sieht sehr minutiös aus, muß aber doch gemacht werden, weil sich andere

literärische Grundlagen für unsere Lehre nicht finden. Die bedeutenderen Schriftsteller, die sich im 16., 17. und 18. Jahrhundert über unseren Gegenstand ausgesprochen haben, sind außer den eben erwähnten:

Ant. Faber, conjecturae juris civilis, Lugdun. 1591—1597, lib. VIII. cap. 15.

Idem, rationalia ad Pandectas, 1605—1624, bei den vom Pfandrecht handelnden Titeln.

Jac. Lectius, ad Modestinum de poenis, 1592, in Ev. Ottonis thesaurus juris Rom. I. p. 142.

P. Heigius, quaestiones juris civilis et saxonici, Jenae 1601, pars II. quaest. 5.

Tuschi, practicae conclusiones juris, Venet. 1617, ed. 4. 1661, tom. VI., concl. 348.

Matth. Berlichius, conclusiones practicabiles secundum ordinem constitutionum D. Augusti Elect. Saxoniae, Lips. 1618, pars II. concl. 29. n. 26 sqq.

Ben. Carpzov, jurisprudentia forensis romano-Saxonica, Francof. 1634, pars II. const. 23. def. 8.

Idem, responsa juris electoralis, Lips. 1642, lib. IV., tit. 4. resp. 33. n. 24 sqq.

Jo. Brunnemann, commentar. in 50 libros Pandectarum, Francof. 1670.

Mevius, decisiones, ed. 3. Francof. et Stralesund. 1681, pars V. dec. 342. 343, vgl. Codex Mevianus, Mogunt. 1699, lib. VIII. tit. 24. dec. 1. 2.

Voet, commentar. ad Pandectas, Hagae 1697, lib. XX. tit. 1.

Merillius, observationes, lib. VII. cap. 35 (opp. Neap. 1720).

Inclytae Facultatis juridicae Erfordiensis responsorum et sententiarum collectio, Erf. 1770, sent. 202. num. 52 sqq.

Westphal, Versuch einer systematischen Erläuterung der

sämmtlichen römischen Gesetze vom Pfandrechte, Leipzig 1770. S. 204 ff.

Gmelin, commentatio de jure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit, Ulmae 1778. p. 235 sqq.

Glück, Commentar. Bd. 14. S. 57 ff.

Die gegebene Zusammenstellung ist allerdings noch immer eine lückenhafte, weil absolute Vollständigkeit auf diesem Gebiete unerreichbar ist; dennoch wird sie wenigstens zur Abkürzung der Citate dienen können, und insofern einen, wenn auch nur äußerlichen Zweck erfüllen.

I.

Begriff des Pfandrechts.

Bekanntlich stehen sich über den Begriff des Pfandrechts zwei Ansichten gegenüber. Dem einen Theil der Schriftsteller ist es ein jus in re, dem andern eine obligatio rei.[1]) Ich kann mich weder der einen noch der andern Ansicht ohne Weiteres anschließen. Schon die Fassung der Streitfrage, welche die beiden entgegengesetzten Anschauungen voraussetzen, scheint mir unbefriedigend. Beide Theorien bestimmen nur das Wesen des Pfandrechts an einer körperlichen Sache; für die schwierige Lehre von dem Pfandrecht an Rechten lassen sie uns völlig rathlos. Die Antwort selbst auf die Frage nach dem Wesen des Sachenpfandrechts scheint mir ebenfalls weder hier noch dort völlig genügend. Die Lehre, welche es für ein jus in re erklärt, ausgestattet mit dem Recht, die Sache zum Zweck der Befriedigung einer Forderung zu verkaufen, bleibt augenscheinlich auf der Oberfläche, mehr beschreibend als definirend, und verwischt den Gegensatz, in dem das Pfandrecht ersichtlich zu den übrigen jura in re steht. Die Begründung dieses Urtheils wird sich aus dem Späteren ergeben. In dieser Hinsicht mehr versprechend scheint auf den ersten Blick die andere Ansicht, welche, sich an den Sprachgebrauch der Römer anschließend, das Pfandrecht für eine obligatio rei erklärt. Das unmittelbare juristische Gefühl

---

1) Die Literatur s. bei Dernburg, Pfandrecht I. S. 105 Note 1. Windscheid, Pandekten I. S. 579 Note 8.

wird durch diese Theorie sehr angesprochen; sie scheint das innerste Wesen des Pfandrechts zu erfassen und wiederzugeben. Dennoch befriedigt sie nicht, weil sie dem juristischen Verstande keine klare Vorstellung zu bieten vermag. Eine Sache, die, als persona obligata gedacht, zu einer Handlung verpflichtet sei, ist ein juristisches Unding. Wenigstens möchte zugegeben werden müssen, daß, falls die obligatio rei einen anderen Inhalt und Charakter haben soll als die obligatio personae, die Definition, das Pfandrecht sei eine obligatio rei, selbst erst wieder einer Definition, einer Erklärung bedarf. Wir finden hier das eigenthümliche Wesen des Pfandrechts nur in einem Bilde wiedergegeben, nicht das Räthsel gelöst.

Neuerdings hat man versucht, den Begriff des Pfandrechts überhaupt, unabhängig von der besonderen Form, in der es als Sachenpfandrecht erscheint, festzustellen. Dies ist der Weg, der nach meiner Ansicht allein zum richtigen Ziele führt, und den auch ich später einschlagen werde. Doch kann ich mich einer der ausgesprochenen Ansichten auch hier nicht anschließen.

Dernburg[1]) meint, „daß das Pfandrecht im weiteren Sinne durch seinen Zweck charakterisirt ist, daß es, ähnlich der Schenkung, der Dotalbestellung, ein allgemeiner Charakter ist, welchen Rechtsgeschäfte verschiedener Art annehmen können."

Mit dieser Ansicht ist das Bestehen eines „Pfandrechts im weiteren Sinne" unmittelbar geleugnet. Nehmen wir einem Rechte seinen Inhalt, so nehmen wir ihm seine Existenz. Daß überdies weder das Pfandrecht selbst, noch das Rechtsgeschäft der Verpfändung mit Schenkung oder Dotalbestellung zusammengestellt werden können, wird sich unten zeigen. Die Verpfändung ist stets Constituirung eines bestimmten Rechts von bestimmtem Charakter und bestimmtem Inhalt; nicht so die andern beiden Rechtsgeschäfte (vgl. Savigny, System Bd. 4. S. 1 ff.).

Der Gegensatz zwischen einem Pfandrecht im „weiteren"

---

1) A. a. O. S. 96.

und im engeren Sinne scheint mir überhaupt nicht vorhanden zu sein, wie ich später noch näher zu zeigen versuchen werde. Es giebt nur ein Pfandrecht von bestimmtem Inhalte, das sich aber nach außen hin in verschiedenen Formen wirksam zu erweisen vermag.

Eine andere Ansicht stellt Schmid[1]) auf. Er geht von der Erscheinung aus, daß bei verpfändeten Rechten dem Pfandgläubiger die Befugniß zusteht, das ihm verpfändete Recht auszuüben, und meint demnach, die Verpfändung begründe „eine eigen„thümliche Succession in das betreffende Recht des Verpfän„ders, welche sich von der gewöhnlichen Singularsuccession in „ähnlicher Weise unterscheidet, wie die durch Einräumung einer „Servitut von der durch Uebertragung des Eigenthums herge„stellten Singularsuccession, indem nicht, wie hier, der ganze „Inhalt des Rechts, sondern, wie dort, nur ein gewisser Theil „desselben, und zwar zum Unterschiede von den Servituten, ge„rade der zur Sicherung einer Forderung geeignete Theil des„selben, vom Auctor auf den Nachfolger übergeht, der Rest aber, „als eigentlicher Kern mit dem Triebe das Getrennte wieder „an sich zu ziehen, im Vermögen des Auctor zurückbleibt."

Gegen diese Deduction ist zunächst zu bemerken, daß der Servitutberechtigte weder in das ganze Eigenthum noch in einen Theil desselben succedirt. Der Inhalt eines Servitutrechts ist nicht quantitativ, sondern qualitativ von dem des Eigenthums verschieden.[2]) Ebenso steht es mit den jura in re überhaupt. Die Constituirung eines jus in re erzeugt ein neues selbstständiges Recht mit selbstständigem, bisher noch nicht dagewesenem Inhalt. Gleichermaßen die Verpfändung einer Sache.[3]) Neben die rei vindicatio des Verpfänders tritt die in rem actio hypothecaria des Pfandberechtigten, als eine zweite Klage, welcher jeder Besitzer der Sache ausgesetzt ist. Das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers ist als solches im Eigenthum nicht enthalten, u. s. w. Ebensowenig, wie das Sa-

1) Grundlehren der Cession I. S. 96. 97.

2) L. 25 pr. D. de V. S. (50, 16.)

3) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 127.

chenpfandrecht eine Succession in das Eigenthum, wird das Pfandrecht an Rechten eine Succession in das Recht des Auctors sein. Wie wenig auch die Theorie Schmids in ihren weiteren Consequenzen befriedigend ist, wird sich später zeigen.

Darauf, daß einige Quellenstellen, auf die Schmid sich beruft, bei Gelegenheit des Pfandrechts von einem succedere sprechen, wird Niemand ein allzugroßes Gewicht legen. Auf diese Weise könnte man Vieles in die Quellen hinein interpretiren.[1]) Was es mit diesem succedere auf sich hat, wird sich namentlich unten herausstellen, wo wir der von Schmid citirten l. 14 D. de div. temp. praescr. (44, 3) Erwähnung thun werden.

Soviel hier zunächst im Kurzen von den verschiedenen über den Begriff des Pfandrechts aufgestellten Theorien.

Meine Ansicht vom Begriff des Pfandrechts gründet sich auf folgende Betrachtung.

Die Vermögensrechte sind wir gewohnt, nach ihrer Form in dingliche und persönliche zu theilen. Diese Eintheilung, so wohlbegründet sie an sich ist, reicht dennoch für die Systematisirung der Vermögensrechte nicht aus. Nicht bei allen Rechten wird ihre juristische Structur durch ihre Form wesentlich bestimmt. So ist z. B. gerade das Pfandrecht seiner Natur nach an keine von beiden Formen gebunden; es vermag nach außen hin bald dinglich bald persönlich zu wirken. Daher in unseren Lehrbüchern das Schwanken in der systematischen Stellung desselben.

Wir müssen demnach, um die Vermögensrechte in ihren wahren und innersten Gegensätzen zu erkennen, — denn auf Gegensätzlichkeit beruht das System, — einen Schritt tiefer gehen; wir müssen uns von der Form zu dem Inhalt der Rechte, von ihren äußeren Wirkungen zu den juristischen Functionen wenden, die sie im Vermögensverkehr erfüllen.

Hienach unterscheiden wir unter den Vermögensrechten zwei verschiedene Gruppen, die einen, Rechte an einem Object, und

---

1) Vgl. z. B. Puchta, Pand. § 27. Note 1.

zwar, näher bestimmt, Rechte an einer Sache; die anderen Rechte auf ein Object, nämlich auf einen Vermögenswerth.

Jene bestehen formell in der unmittelbaren dinglichen Unterwerfung einer Sache unter den Willen des Berechtigten. Der formellen Herrschaft entspricht eine Reihe materieller Befugnisse, durch deren Umfang und Beschaffenheit sie den berechtigten Willen befriedigen. Um dieser Herrschaftsbefugnisse willen sind sie da, in der denselben entsprechenden factischen Herrschaft werden sie ihrem vollen Inhalte nach ausgeübt. Diese dinglichen Rechte sind eben auch ihrem Inhalt nach Rechte an der Sache. In der Sache, die sie formell beherrschen, finden sie auch materiell ihren wahren einzigen Gegenstand. Es deckt sich hier juristische Form und praktischer Zweck und Inhalt. Die einzelnen Rechte dieser Klasse sind Eigenthum, Emphyteuse, Superficies und Servituten.

Die Rechte der anderen Art bestehen, wie gesagt, in der Spannung auf einen Vermögenswerth. Ihre Aufgabe und ihr Zweck ist einzig der, diesen Vermögenswerth in das Vermögen ihres Subjects zu bringen.

Die juristische Form dieser Rechte ist verschieden je nach den Mitteln, über welche sie verfügen, um diesen Zweck zu erreichen.

Die Kraft der einen Art dieser Rechte äußert sich lediglich darin, daß sie in einem andern Subject eine Verpflichtung erzeugen, den Vermögenswerth, auf den sie sich richten, vermittelst irgend einer Handlung in das Vermögen des Berechtigten zu übertragen. Diese Handlung selbst kann der verschiedensten Art sein; nur muß sie, und das beweist die Richtigkeit unserer Begriffsbestimmung, immer einen Vermögenswerth haben.[1]) Formell erscheinen diese Rechte also als Rechte auf eine

1) Die Litiscontestation setzte nach classischem römischen Recht vermöge ihrer novationsähnlichen Wirkung (vgl. Wetzell, System des Civilprocesses, 2. Aufl. S. 112. 113.) den Anspruch des Klägers daher consequenter Weise in den Anspruch auf einen reinen Geldwerth um. Die besondere Erscheinungsform des in der Klage geltend gemachten (gegen den Beklagten immer persönlich wirkenden) dinglichen oder persönlichen Rechts ging unter, und es blieb allein der überall gleichartige Kern, der Anspruch auf einen Vermögenswerth zurück.

von einem bestimmten Subject vorzunehmende Handlung. Es sind dies die s. g. persönlichen oder Forderungsrechte. Auch bei ihnen deckt sich, ebenso wie bei den vorher behandelten Rechten der entgegengesetzten Klasse, Form und Inhalt vollständig. Dem Recht auf einen Vermögenswerth entspricht formell das Recht auf eine Handlung. Formell und materiell hat das Recht seinen Gegenstand noch nicht gefunden; formell und materiell Streben, Spannung nach diesem Gegenstande.

Daher der Gegensatz, in dem diese Rechte durchweg zu jenen stehen. Dort unmittelbare Machterweiterung, das Subject dem willenlosen Object gegenüber mit unbedingter Herrschaftsbefugniß ausgerüstet; hier gar keine Macht, nur ein Anspruch, dem berechtigten Subject ein anderes Subject, dem fordernden Willen ein anderer gleich freier, gleich starker Wille gegenüber. Dort das Recht in normalem Zustande in Ruhe, das Subject befriedigt, die actio nur eine der vielen, zunächst zurücktretende Wirkung des Rechts; hier von vorne herein Conflict, Spannung, der Wille des Subjects nicht befriedigt, sondern nach Befriedigung strebend, die actio Inhalt und zunächst einzige Wirkung des Rechts. Dort dauernde Ausübung, die Ausübung selbst das Recht kräftigend und bei Bestand erhaltend (Eigenthum, Servituten), hier gar keine Ausübung ohne Untergang des Rechts; dort das berechtigte Subject handelnd und in diesen seinen Handlungen durch das Recht geschützt, hier das berechtigte Subject ohne die Möglichkeit, selbstständig, aus eigner Macht zu handeln, (es sei denn, daß es sich an den Staat um Hülfe wende), nur die Handlung eines andern Subjects erwartend. Jene Rechte sind selbst Zweck, diese nur Mittel; jene sind um ihres Bestehens, diese um ihres Untergangs willen da.

Neben die Forderungsrechte tritt, dem Inhalt nach völlig gleichgeartet, der Form nach verschieden, eine andere Klasse von Rechten, die Rechte auf den Vermögenswerth eines bestimmten Objects, die ihr Subject zugleich berechtigen, den Vermögenswerth dieses Objects zum Zweck seiner Befriedigung selbsthandelnd durch Verkauf desselben oder auf andere Weise herzustellen.

Diese Rechte sind demnach zugleich Rechte auf einen Vermögenswerth und Rechte an einem Object, bestehen zugleich in der Spannung auf jenen und in der Macht über dieses. Es ist klar, wie sie durch diese ihre Eigenthümlichkeit gerade in die Mitte zwischen die Forderungsrechte und die oben geschilderten dinglichen Rechte treten.

Diese Art von Rechten findet man im deutschen Recht in größerer Anzahl vertreten; ich rechne neben den Hypotheken auch die Reallasten dazu.[1] Im römischen Recht hat sie nur in einer bestimmten Form ihre Ausbildung gefunden.

Das römische Recht kennt ein Recht auf den Vermögenswerth eines Objects nur accessorisch neben einem Forderungsrecht, also neben einem in persönlicher Form erscheinenden Recht auf einen Vermögenswerth. Jenes hat allein die Aufgabe, die Befriedigung dieses Rechts zu sichern; der Vermögenswerth, auf den jenes sich richtet, ist identisch mit dem, den dieses erreichen will, und bestimmt sich in seiner Größe nach diesem. Dem Berechtigten soll nicht ein doppelter, sondern nur ein Vermögenswerth zugeführt werden.

Das Recht auf den Vermögenswerth eines Objects tritt neben das Forderungsrecht nur, um dem Berechtigten den Vermögenswerth, der ihm aus der persönlichen Schuld zukommen soll, gleichsam näher zu bringen. Während er hier zuwarten muß, bis der Schuldner aus freien Stücken erfüllt, kann er dort, vermöge der ihm über das Object unmittelbar zustehenden Macht, aus eigenem Entschluß vorschreiten und sich selbst seine Befriedigung verschaffen.

Dieses Recht auf den Vermögenswerth eines Objects, welches im römischen Recht seine Ausbildung gefunden hat, ist das Pfandrecht. Fassen wir das eben Gesagte noch einmal kurz zusammen, so ergiebt sich als Definition des Pfandrechts:

> Pfandrecht ist das mit unmittelbarer Macht über ein Object ausgerüstete Recht auf denjenigen Theil des Ver-

---

1) Die Reallast hat man denn auch, ebenso wie das Pfandrecht, als obligatio rei definiren wollen.

mögenswerthes desselben, der zu der Befriedigung einer dem Pfandberechtigten zustehenden Forderung hinreicht.

Das Pfandrecht ist also

1. ein Recht auf einen Vermögenswerth; dieser Vermögenswerth bestimmt sich in seiner Quantität nach der Größe des Vermögenswerthes, der dem Pfandberechtigten aus einer ihm zuständigen Forderung geschuldet wird; er ist identisch mit diesem Vermögenswerth.

2. ist das Pfandrecht ein Recht an einem Object; es verleiht dem Pfandgläubiger unmittelbare Macht, zum Zweck der Herstellung des Vermögenswerthes dieses Objects über dasselbe zu disponiren, und zwar über dasselbe in seiner Totalität, mag der Werth, den der Pfandgläubiger aus seinem persönlichen Recht zu fordern hat, größer oder kleiner sein als der Vermögenswerth dieses Objects.

Die so gefundene Begriffsbestimmung möchte nach mehreren Seiten hin schon hier befriedigende Aufschlüsse ergeben.

Das unter 1. aufgestellte Moment, welches den materiellen Inhalt des Pfandrechts bestimmt, ist namentlich wichtig für die Lehre von den Endigungsgründen des Pfandrechts. Pfandrecht und Forderungsrecht richten sich auf denselben einen Vermögenswerth, dennoch stehen sie als zwei völlig selbstständige, gesonderte Rechte neben einander. Das Verhältniß zwischen beiden ist genau dasselbe, wie zwischen zwei solidarischen Obligationen, etwa wie zwischen einem constitutum und der Hauptobligation. Der Vermögenswerth, dessen Leistung, resp. dessen Verschaffung das eine Recht befriedigt, hebt auch die Spannung des andern auf. Zahlung, Verkauf des Pfandes, überhaupt jede materielle Befriedigung des einen Rechts, tilgt darum auch das andere; nicht so die Litiscontestation oder andere formelle Endigungsgründe der Obligation.[1])

Das Moment unter 2. bestimmt die äußere Form des Pfandrechts. In diesem liegt der Gegensatz desselben gegen

1) Vgl. l. 6 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6). — l. 38 § 5 D. de solut. (46, 3). l. 13 § 4 D. de pign. (20, 1). l. 11. pr. D. de pign. act. (13, 7). l. 58. pr. D. ad SC. Treb. (36, 1).

die Forderungsrechte, seine formelle Verwandtschaft mit den dinglichen Rechten. Inhalt und Form decken sich beim Pfandrecht nicht. Die fremdgeartete Form läßt allerdings, und darin gerade liegt der praktische Vortheil, den das Pfandrecht gewährt, die den Vermögenswechsel vermittelnden Rechte auf einen Vermögenswerth an den äußeren Vorzügen der Rechte an einer Sache Theil nehmen, wie wir dies namentlich beim Sachenpfandrecht näher sehen werden; dennoch ist ein gewisses Mißverhältniß, in dem Form und Inhalt hier stehen, unverkennbar. Seinem Inhalt nach empfängt das Pfandrecht durch die praktischen Zwecke, die es verfolgt, seine Grenzen; es richtet sich nur auf denjenigen Vermögenswerth, der aus der persönlichen Forderung geschuldet wird. Seine Form ist einer solchen Biegsamkeit unfähig; das Pfandrecht ergreift mit seiner dinglichen Macht unbedingt den ganzen verpfändeten Gegenstand. Nur durch Umwege, vermöge der persönlichen actio pignoratitia directa, kann die Ausschreitung des Pfandrechts über seine materiellen Grenzen hinaus verhindert werden. Diese schon von anderen Schriftstellern gemachte Bemerkung[1]) erhält ihre wahre Bedeutung erst, wenn wir hier einen Ausfluß des dem Pfandrecht eigenthümlichen Widerspruchs zwischen Form und Inhalt erkennen.

Unsere Definition bestimmt die Objecte, an denen ein Pfandrecht stattfindet, nicht näher; sie läßt also hier für alle Vermögensstücke, für Sachen sowohl wie Rechte, Raum; sie vindicirt dem Pfandrecht als solchem keine bestimmte Form. Gerade dies ist wichtig. Nur das Pfandrecht an einer Sache ist ein dingliches Recht; das Pfandrecht an Rechten ist den dinglichen Rechten nur insofern ähnlich, als es auch hier sein Object mit derselben Unmittelbarkeit ergreift, wie wir es sonst nur bei den Rechten an Sachen wahrzunehmen gewohnt sind. Die Form des Pfandrechts bestimmt sich also nach der Natur des Objects, das ihm unterliegt. Mit den Objecten vermag es seine Form zu variiren.

---

1) Namentlich bei Dernburg S. 98.

Davon, wie die Verschiedenheit des Objects auf die Form des Pfandrechts einwirkt, soll im § II gehandelt werden; hier muß es nur noch unsere Aufgabe sein, zu bestimmen, was überhaupt Gegenstand des Pfandrechts sein könne, ein namentlich für die von uns principaliter zu behandelnde Lehre sehr wichtiger Punkt. Auch hier wird die von uns aufgestellte Definition des Pfandrechts von Bedeutung. Nicht eine bestimmte Form, nur einen bestimmten Inhalt haben wir dem Pfandrecht zugesprochen; das Pfandrecht ist stets das Recht auf einen gewissen Theil des Vermögenswerthes seines Objects. Daraus folgt, daß es von seinem Object nur die eine Eigenschaft verlangt, daß es einen Vermögenswerth habe, und daß dieser Vermögenswerth auf irgend welche Weise herstellbar sei. Dies ist der Kern des Satzes, den der Jurist Gajus in der l. 9 § 1. D. de pign. (20,1) aufstellt:

> Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.

Derselbe tritt in der Lehre vom Pfandrecht dem Princip zur Seite, das Octavenus in der l. 9 § 2 D. de statulib. (40,7) für die Lehre von den Obligationen ausspricht:

> ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.

Wie hier jede Handlung von Vermögenswerth Gegenstand des Forderungsrechts, so kann dort jedes Object von Vermögenswerth Gegenstand des Pfandrechts sein. Beide Sätze folgern aus der beiden Arten von Rechten gemeinschaftlichen Natur und dienen in ihrer Uebereinstimmung, wie in der gleichermaßen fundamentalen Stellung, die sie in den von ihnen beherrschten Lehren einnehmen, zu einer nicht geringen Bestätigung der oben sowohl von den Forderungsrechten als von dem Pfandrecht aufgestellten Definitionen.

Object des Pfandrechts kann also Alles sein, was einen herstellbaren Vermögenswerth in sich trägt. Daher die Erscheinung, daß das Pfandrecht, in seiner historischen Entwickelung von dem Pfandrecht an der Sache ausgehend, unter der Hand der römischen Juristen allmälig, den Bedürfnissen des

Verkehrs folgend, den ganzen Kreis der Vermögensstücke in sein Gebiet zog. Diese Entwickelung, nach unserer Ansicht naturgemäß, ja naturnothwendig, bleibt unerklärt, „schwierig, ja auffallend“[1], wenn man das Pfandrecht von vornherein als an eine bestimmte Form gebunden, als jus in re oder obligatio rei auffaßt.[2]) Man kommt so z. B. mit Trotsche[3]) zu dem Resultat, daß die Römer mit dem pignus nominis an der Forderung ein jus in re constituirt hätten.

Demgemäß bedurfte es denn auch keines Senatusconsults wie beim Usufructus, um das Pfandrecht auch auf Rechte anzuwenden. Es heißt in den Quellen,

l. 7 C. de hered. vend. (4, 39):

Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur — —

l. 4 C. quae res pign. (8, 17):

Nomen quoque debitoris pignorari — posse, jam pridem placuit — —

l. 1 C. si pign. pignori (8, 24):

Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, jam dudum placuit — —

l. 13 § 2 D. de pign. (20, 1):

Quum pignori rem pignoratam accipi posse, placuerit —

l. 11 § 2 D. eod.:

Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est. Et scribit Papinianus — — tuendum creditorem — —

---

1) Dernburg a. a. O. S. 96.

2) Man vergleiche die gezwungenen Auffassungen älterer und neuerer Schriftsteller, welche das Auffallende der Constituirung eines Pfandrechts an Rechten gleichsam zu entschuldigen und zu verdecken suchen, wenn sie Sachen und Rechte als res corporales und incorporales neben einander stellen. So z. B. Negusantius, de pignoribus et hyp. pars 2. membr 3. n. 21 und p. 6. m. 1. n. 24. Huschke, de pignore nom. S. 26. Gaupp, de nominis pign. S. 11. 20. Hepp, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 13. S. 343. Sintenis, Pfandrechtliche Streitfragen. S. 2. 11.

3) Das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. S. 82.

Das pignus nominis, pignoris u. s. w. ist darum auch nicht etwa ein quasi pignus, wie der usus fructus nominis z. B. ein quasi ususfructus ist, sondern ein wirkliches pignus, desselben Inhalts und derselben juristischen Natur wie das Pfandrecht an der körperlichen Sache, nur in der Form verschieden.

Aus dem Kreis der Objecte, an denen ein Pfandrecht möglich ist, scheiden nach der Natur dieses Rechts demnach nur diejenigen aus, welche einen Vermögenswerth zu produciren nicht bestimmt sind, oder zu produciren nicht vermögen.

Zu der ersten Klasse gehören die actiones vindictam spirantes und die Rechte auf Lebensversorgung[1]), zu der zweiten die größere Mehrzahl der Servituten.[2]) Diese Rechte haben alle das gemeinsam, daß sie, zur Befriedigung durchaus individueller Bedürfnisse bestimmt, das Vermögen des berechtigten Subjects wohl vergrößern, aber nicht bereichern. Sie führen wohl im Resultat einen Vermögensvortheil mit sich und haben darum ein Vermögensinteresse, stellen aber, weil sie selbst bestimmte Zwecke verfolgen, keinen Vermögenswerth zu Gebote, über den das Subject nach seiner Willkür und zu seinen Zwecken frei disponiren könnte. Es kann darum hier auch nicht durch Verpfändung über einen solchen, etwa vermittelst dieser Rechte zu erreichenden Vermögenswerth disponirt werden.

Diese Gründe schließen namentlich auch die Verpfändung der servitutes praediorum und der servitus usus aus. Es gilt von ihnen das eben Gesagte in vollstem Maße. Ihr Umfang bestimmt sich unmittelbar nach dem Bedürfniß des berechtigten Subjects; die Existenz eines solchen Bedürfnisses ist die Voraussetzung ihrer Constituirung. Daher sind sie auch in der Ausübung von ihrem Subject unablösbar, erleiden keine Veräußerung u. s. w., kurz sie bieten dem Berechtigten keinen Ver-

1) Vgl. über diese Rechte Savigny, System Bd. 2. S. 104 ff.

2) Selbstverständlich scheiden alle Rechte aus, die nicht Bestandtheil des Vermögens und darum überhaupt nicht Gegenstand des Vermögensverkehrs sind, wie Familienrechte, öffentliche Rechte u. s. w. Hierfür ist dieser Umstand, nicht die besondere Natur des Pfandrechts entscheidend.

mögenswerth, sondern lediglich diese bestimmte, concrete Nutzung des fremden Grundstücks. Ganz anders ist dies bei dem Usus-fructus. Derselbe ist ein reines Vermögensrecht, wenn ich mich dieses Ausdrucks bedienen darf; er hat seinem Inhalt nach keine bestimmte Aufgabe zu erfüllen, kein besonderes Bedürfniß zu befriedigen, sondern sein Subject genießt durch ihn lediglich den Werth der Nutzungen eines bestimmten Grundstücks. Daher ist er auch weder in seinem Umfange, noch in seiner Existenz durch den Umfang oder die Existenz irgend eines Bedürfnisses von Seiten seines Subjects bedingt. Er kann daher auch vermiethet, veräußert, verschenkt werden, und, was für ihn das Charakteristischste ist, in der Entgegennahme des ihm für die Ausübung des Usufructus gezahlten Aequivalents fährt der Usufructuar fort, seinen Nießbrauch selbst auszuüben, weil dieser Preis nur eine andere Form ist, in der dem Usufructuar dasselbe zukommt, was ihm sonst durch seine eigene Nutznießung zugekommen wäre.

L. 38 D. de usufr. (7,1):

— si vendidero usumfructum, etiamsi emtor non utatur, videor usumfructum retinere (l. 39.) quia, qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re fruitur.

Vgl. l. 12 §. 2 eod.

Daher die Verpfändbarkeit des Usufructus und die Unverpfändbarkeit der übrigen Servituten.[1]) Nur für einen Fall haben die Römer eine Ausnahme gemacht. Der Eigenthümer eines Grundstücks soll eine servitus praedii rustici an seinem eigenen Grundstücke pfandweise bestellen können.[2]) Daß dieser Rechtssatz eine Ausnahmestellung einnimmt, ergiebt die angezogene Stelle selbst, indem sie mit den Worten schließt:

quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Der Grund dieser Ausnahme liegt, wie leicht ersichtlich ist, darin, daß die servitutes praed. rust. sich dem ususfructus in-

1) Vgl. l. 11 D. de pign. (20,1).
2) L. 12 D. eod.

sofern am meisten annähern, als sie ebenfalls überall einen ziemlich gleichmäßigen, von der Individualität der einzelnen Grundstücke unabhängigen Inhalt haben. Es liegt auch bei ihnen ein verhältnißmäßig objectiv feststehender Umfang von Befugnissen vor, der in einem gewissen Kreise, nämlich in dem der benachbarten Grundeigenthümer einen bestimmten Werth haben kann. Jedenfalls liegt hier eine Ausnahme vor, die nicht weiter ausgedehnt werden darf, zumal da der hier angeführte Grund für die andern Servituten nicht vorhanden ist.[1])

---

1) Anders allerdings die gemeine Meinung, vgl. Arndts, Pandekten, §. 367 Note 2. und die daselbst cit. Schriftsteller. Aus dem Obigen wird erhellen, daß der in l. 11 §. 3 cit. enthaltene Satz auch nach neuerem Recht nicht so inconsequent ist, wie Arndts meint.

II.

Anwendung des Pfandrechtbegriffs auf Verpfändung von Sachen und Rechten.

1. Das Pfandrecht an einer Sache.

Das Sachenpfandrecht ist die historisch älteste, die im Verkehr gewöhnlichste, die von den römischen Juristen vorzüglich ausgebildete Erscheinungsform des Pfandrechts. Es bedarf darum einer besonderen Beachtung, weil hier die Wurzeln für die Lehre vom Pfandrecht überhaupt liegen.

Das Pfandrecht an der Sache muß nach dem Obigen das mit unmittelbarer Macht über eine Sache ausgestattete Recht auf denjenigen Theil ihres Vermögenswerthes sein, der zur Befriedigung einer dem Pfandberechtigten zustehenden Forderung hinreicht.

Das Sachenpfandrecht ist also:

1) seiner Form nach ein dingliches Recht, denn es giebt seinem Subject ein Recht unmittelbarer Herrschaft über eine Sache. Dies Herrschaftsrecht ist, näher bestimmt, das Recht, die Sache zu besitzen, sie aus der Detention eines Andern in die eigene zu bringen. Die entsprechende Klage ist eine utilis rei vindicatio, actio in rem hypothecaria, eine Klage, die der rei vindicatio des Eigenthümers nachgebildet ist.[1]) Dem ent=

---

1) Vgl. die bei Büchel, Erört. 2. Aufl. S. 216 Note 3. citirten Stellen.

sprechend wird denn auch in den Quellen das Pfandrecht nicht blos als obligatio rei, sondern ohne Weiteres auch als jus in re bezeichnet.[1]) Wie man an der dinglichen Natur des Sachenpfandrechts jemals hat zweifeln, oder dieselbe in den Hintergrund hat schieben können, ist schwer erklärlich. Im Gegentheil führt das Pfandrecht in dem ihm entspringenden Besitzrecht ebenso wie Emphyteuse und Superficies das praecipuum des Eigenthums mit sich. Abgesehen von der actio negatoria ist nämlich das durch die rei vindicatio geschützte Besitzrecht des Eigenthümers die einzige klagbare Befugniß desselben. Innerhalb seines Besitzes bewegt er sich zwar mit freier Willkür; doch ohne daß seinen einzelnen Handlungen ein specielles Recht entspräche. Der Usufructuar kann allerdings klagend mit der Behauptung auftreten, er habe ein Recht, diejenigen positiven Handlungen vorzunehmen, in denen er das uti frui des Grundstücks ausübt,

vgl. l. un. pr. D. quando dies ususfr. (7,3):
— ususfructus ex fruendo consistit, id est facto aliquo ejus, qui fruitur et utitur —;

nicht so der Eigenthümer. Dies Besitzrecht, welches demnach fast ausschließlich Wehr und Schutz des Eigenthums ist, steht in ganz gleicher Weise, jedem Dritten gegenüber, auch dem Pfandgläubiger zu. Derselbe steht darum formell auch in anderer Beziehung völlig wie der Eigenthümer zu der Pfandsache. Wie er die Pfandsache und nicht etwa sein Pfandrecht vindicirt, so besitzt er auch die Sache und nicht sein Recht, und wird in diesem Besitz ebenso wie der Eigenthümer durch die gewöhnlichen possessorischen Interdicte geschützt.

2) Seinem Inhalt nach ist das Sachenpfandrecht das Recht auf einen bestimmten Theil des Vermögenswerthes der Sache. Um diesen Vermögenswerth herzustellen, ist ihm die Sache auf die eben dargestellte Weise unmittelbar unterworfen. Der einzige Weg zur Herstellung dieses Vermögenswerthes der Sache

---

1) L. 30 D. de noxal. act. (9, 4), l. 19 pr. D. de damn. inf. (39, 2), l. 8 §. 1 C. de praescr. 30 ann. (7, 39). In l. 28 D. de pign. (20, 1) heißt es: jus in pignore.

ist aber der Verkauf derselben. Der Inhalt des Pfandrechts äußert sich darum für das Sachenpfandrecht in dem Recht, die verpfändete Sache zu verkaufen, und aus dem Erlös den Vermögenswerth für sich zu behalten, auf den sein Pfandrecht sich richtet.

Wir finden hier eine Anwendung der schon oben gemachten Bemerkung, daß die Macht, die dem Pfandgläubiger zusteht, über die Zwecke hinausgeht, derentwegen sie ihm eingeräumt ist. Sein Pfandrecht richtet sich principiell nicht auf den ganzen Vermögenswerth der Sache, sondern nur auf denjenigen Theil, der dem ihm aus der persönlichen Forderung geschuldeten Vermögenswerth gleichkommt. Dennoch hat der Gläubiger stets das Recht, die ganze Sache zu veräußern. Es hat dies darin seinen Grund, daß in dem Verkaufsrecht sich zugleich die Macht des Pfandberechtigten über die Sache und das Recht auf einen bestimmten Vermögenswerth äußert. Wenn dieser Vermögenswerth auch seinen bestimmten Umfang hat, so ergreift doch jene Macht über die Sache dieselbe ganz und ungetheilt. Mag der Schuldner auch später durch theilweise Zahlung oder Befriedigung jenen Vermögenswerth noch mehr verringern; als Recht an der Sache, also auch in Betreff des Verkaufsrechts, bleibt das Pfandrecht stets in demselben Umfange bestehen. Das will der Satz sagen: pignoris causa est individua. Der „Regulator"[1]), der hier die formellen Machtbefugnisse des Pfandberechtigten auf die materiell dem Pfandrecht innewohnenden Grenzen zurückführt, ist die actio pignoratitia directa. Vermöge dieser Klage wird der Pfandgläubiger gezwungen, den über seine Forderung hinausgehenden Theil des für die Sache erhaltenen Vermögenswerthes an den Pfandbesteller zu restituiren.

Aus dem eben Gesagten ergiebt sich einestheils, daß in dem Verkaufsrecht allerdings der materielle Inhalt des Sachenpfandrechts nicht rein zum Vorschein kommt, weil jener mit den Mitteln wirkt, die aus der formellen Natur des Pfandrechts fließen, und daß deshalb die Definition, welche das Pfandrecht

---

1) Dernburg a. a. O. S. 97 Note 2.

lediglich in dies Verkaufsrecht setzt, unbefriedigend ist; andererseits folgt aber daraus, daß gerade in dem Verkaufsrecht sich der für das Pfandrecht charakteristische Inhalt, nämlich seine Eigenschaft als Recht auf einen Vermögenswerth, offenbart, mit Nothwendigkeit, daß dasselbe ihm eigenthümlich und seinem Begriffe nach beiwohnend ist. Der letztere Satz ist namentlich von denjenigen Schriftstellern bestritten worden, die das Pfandrecht als obligatio rei definiren, um den von ihnen nach dem Obigen durchaus willkürlich aufgestellten Satz zu retten, daß das Pfandrecht, ähnlich dem Forderungsrecht, nur in der actio bestehe, und namentlich von dem Eigenthum keine Befugnisse in Betreff der Sache entlehne.[1]) Das Verkaufsrecht soll sich nach ihnen auf ein der Pfandbestellung allerdings immer stillschweigend beiwohnendes besonderes pactum de vendendo gründen. Abgesehen davon, daß hienach die dingliche Wirksamkeit des dem Pfandgläubiger zustehenden Verkaufsrechts schwer erklärlich bleibt, widerstreitet diese Ansicht dem ganzen Entwickelungsgang des Pfandrechts im römischen und namentlich im neueren Recht. Aus der Pfandbestellung allein soll schon für den Pfandgläubiger das Verkaufsrecht folgen[2]), selbst das beigefügte pactum de non vendendo vermag dasselbe nicht aufzuheben[3]); Pfandbestellung steht immer, ohne Weiteres, der Veräußerung gleich[4]); das Unterscheidende des Pfandrechts von anderen ähnlichen Verhältnissen wird in einer Stelle sogar ausdrücklich in das Verkaufsrecht gesetzt[5]), u. s. w. Ueberdies äußert sich nach meiner Ansicht gerade in dem Verkaufsrecht am sichtlichsten derjenige Inhalt des Pfandrechts, der dasselbe den For-

1) So Büchel, Erört. 2. Aufl. S. 195. 196. Sintenis, Pfandrecht, S. 504. Praktisches Civilrecht, 2. Aufl. S. 605. 606 Note 2. Bachofen, Pfandrecht, S. 273. In neuester Zeit auch Schmid a. a. O., S. 94. 95, obgleich er das Pfandrecht für ein jus in re hält.

2) L. 4 D. de pign. act. (13,7).

3) L. 4 cit.

4) L. 10 §. 13. l. 22 D. quae in fraud. cred. (42,8).

5) L. 5 §. 21 D. ut in poss. leg. (36, 4). Vgl. l. 12 D. de pign. (20, 1); und überhaupt die treffende Ausführung Dernburg's, S. 84 ff.

derungsrechten in gewissem Maße gleichstellt, und es von den übrigen dinglichen Rechten unterscheidet.

Fassen wir jetzt, nachdem wir Form und Inhalt des Sachenpfandrechts bisher gesondert behandelt haben, beide zusammen, um uns von der Gesammterscheinung desselben ein Bild zu machen.

Das Pfandrecht tritt, wie schon bemerkt ist, gerade in die Mitte zwischen die oben behandelten dinglichen und die persönlichen Rechte. Im Sachenpfandrecht sehen wir diese Eigenthümlichkeit desselben am schärfsten hervortreten, am genauesten durchgeführt.

Das Pfandrecht hat hier dingliche Form, verleiht unmittelbare Macht, Herrschaft; doch entsprechen der formellen Herrschaft keine materiellen Befugnisse an der Sache. Das Pfandrecht ist nur formell ein Recht an der Sache. Es ermangelt eines dieser Form gleichgearteten Inhalts, Inhalt und Form decken sich bei dem Pfandrecht nicht. In der Ausübung der factischen Herrschaft, zu der das Pfandrecht berechtigt, in dem Besitz der Sache, wird dasselbe nicht, wie Eigenthum, Superficies, Emphyteuse, total, sondern nur theilweise, formell ausgeübt. Der Besitz der Pfandsache befriedigt den Inhalt des Pfandrechts noch nicht, weil dieser Inhalt der Form nicht congruent ist. Dem Pfandrecht ist die Sache nicht als solche, d. h. in ihrer concreten Individualität, nach ihren natürlichen Eigenschaften unterworfen: an dem Grundstück will das Pfandrecht nicht die fruchttragende Erde, an dem Sclaven nicht den zu Allerlei geschickten Menschen; dem Pfandrecht ist die Sache nur Repräsentantin eines abstracten Vermögenswerthes, auf den es sich seinem Inhalt nach richtet. Daher erwirbt z. B. auch der zu Faustpfand gegebene Sclave dem Pfandgläubiger keinen Besitz, er erwirbt ihm nicht durch Stipulation, nicht durch Tradition,

quamvis possessio penes eum sit.[1])

Demnach kommt das Pfandrecht seinem rein dinglichen Inhalt nach in der in rem actio, die ihm entspringt, völlig zur Erschei-

1) L. 37 pr. D. de acq. rer. dom. (41, 1).

nung; mit dieser macht der Pfandgläubiger die negative Befugniß, jeden Dritten von der Sache auszuschließen, nach außen hin geltend; andere positive Befugnisse materieller Art entspringen dem Pfandrecht als dinglichem Rechte nicht. So erklärt sich die l. 27 pr. D. de noxal. act. (9,4):

nullum pignus est, cujus persecutio denegatur.

Dem Pfandrecht steht in dieser Hinsicht gerade der ususfructus, mit dem es in dieser Stelle verglichen wird, am schärfsten gegenüber. Der letztere besteht rein in positiven Befugnissen, die negative Macht, jeden Dritten von der Sache auszuschließen, bewegt sich in den Grenzen jener Befugnisse, ist Consequenz, nicht principieller Inhalt des Rechts.

In der Herrschaftsbefugniß, die das Pfandrecht hier über die Sache gewährt, birgt sich als materieller Inhalt und Zweck dieser Herrschaft das Recht auf den Vermögenswerth dieser Sache.

So nimmt das Pfandrecht, obgleich in dinglicher Form erscheinend, materiell an dem Wesen der Forderungsrechte Theil.

Der Form nach befriedigt, denn es hat in der Sache ein Object, das es völlig beherrscht, besteht es seinem Inhalt nach in der Spannung. Der Form nach dauernder Ausübung fähig, erduldet es dennoch nur eine einmalige Ausübung seines vollen Inhalts. Der Verkauf der Pfandsache tilgt das Pfandrecht des Gläubigers. Seinen Zweck theilweise schon in seinem Bestehen erfüllend, durch den äußeren Druck, den es auf den Willen des Schuldners ausübt, erreicht es denselben doch vollständig erst in seinem Untergang.

Das Pfandrecht ist also nicht um seines Bestehens willen vorhanden, dadurch unterscheidet es sich namentlich von den andern dinglichen Rechten; es strebt im Gegentheil, seiner Natur nach, ebenso wie die Forderungsrechte, nach seinem Untergang, ist Mittel, nicht Zweck. Andererseits setzt es sich namentlich dadurch in Gegensatz gegen die Forderungsrechte, daß es nicht etwa in einem andern Subject eine Verpflichtung erzeugt (die Sache mit Büchel als persona obligata gedacht), sondern in unmittelbarer Machterweiterung besteht. Das berechtigte Subject er-

wartet nicht etwa die Handlung eines Andern, damit ihm hiedurch der geschuldete Vermögenswerth zugeführt werde; im Gegentheil, gerade weil ihm eine Sache, ein willenloses Object gegenübersteht, ist sein eigner Wille der allein herrschende und bestimmende. Nur auf seinen eigenen Willensentschluß, auf seine eigene Handlung kommt es an, falls die Zeit der Geltendmachung seines Pfandrechts gekommen ist, sich den Vermögenswerth, auf den sein Wille gerichtet ist, selbst zu verschaffen. Um dieses Vortheils willen allein hat er sich das Pfandrecht an der Sache bestellen lassen, und diesen Vortheil ihm zu gewähren, ist dasselbe lediglich dadurch im Stande, daß es eine von den Forderungsrechten verschiedene, daß es eine dingliche Form hat, also nicht als bloße obligatio erscheint.

So möchte sich der eigenthümliche in dem Wesen des Pfandrechts, namentlich des Sachenpfandrechts, liegende Widerspruch lösen, demzufolge dasselbe zu gleicher Zeit zwei so äußerst verschiedenen Klassen von Rechten anzugehören scheint, wie dies die dinglichen und persönlichen Rechte sind — ein Dualismus in seinem Wesen, den die Römer nur wiedergeben, nicht erklären, wenn sie das Sachenpfandrecht eine obligatio rei nennen.

2. Das Pfandrecht an Rechten.

Die Schwierigkeit, „wie das Pfandrecht an einer unkörperlichen Gerechtsame ins Leben gerufen werden könne, da doch sonst dingliche Rechte nur an körperlichen Sachen möglich sind“[1]), wird uns nach dem Obigen nicht mehr entgegentreten. Sachen und Rechte sind in gleicher Weise als Objecte von Vermögenswerth auch fähig, Objecte des Pfandrechts zu sein. Daß das Sachenpfandrecht als dingliches Recht erscheint, ist lediglich eine Consequenz davon, daß ihm hier eine Sache unterliegt. Eine andere Form des dem Pfandrecht unterliegenden Gegenstandes wird eine andere Form, eine andere Art der Wirksamkeit des Pfandrechts bedingen. Seiner Natur nach bleibt das Pfandrecht

1) Dernburg S. 485.

hier dasselbe wie dort. Daraus folgt, daß die materiellen, von der besonderen Form des Sachenpfandrechts unabhängigen Principien, wie wir dieselben eben entwickelt haben, unmittelbar auch auf das Pfandrecht an Rechten anwendbar sind, ein wichtiger Satz, weil die Quellen, so reich an Bestimmungen über das Sachenpfandrecht, ebenso lückenhaft über die so wichtige Lehre von dem Pfandrecht an Rechten sind.

Die Sache wird von dem Eigenthümer verpfändet, das Recht von dem, dem es zusteht, oder kurz: Sache und Recht werden von dem verpfändet, in dessen Vermögen sie stehen, cujus in bonis res, ususfructus etc. est, wie es in der Formel der actio hypothecaria heißt.[1])

Dem Sachenpfandgläubiger ist die Sache, ebenso hier dem Pfandberechtigten das verpfändete Recht seiner Totalität nach unterworfen. Die Macht über eine Sache äußert sich in dem Besitz derselben, die über ein Recht in seiner Ausübung. Wie dort das Recht die Sache zu besitzen, muß hier das Recht der Ausübung des verpfändeten Rechts in dem Pfandrecht enthalten sein; das verpfändete Recht steht seinem gesammten Inhalt nach dem Willen des Pfandgläubigers zu Gebote. Wie dort mit der Herrschaft über die Sache, macht hier mit der Herrschaft über den Inhalt des Rechts das Pfandrecht sich nach außen geltend. Daher tritt neben die in rem actio des Sachenpfandgläubigers die utilis confessoria dessen, dem eine Servitut, die utilis in personam actio dessen, dem eine Forderung verpfändet ist, u. s. w. Doch ist, wie dort die dingliche Herrschaftsbefugniß, hier das Recht der Ausübung des verpfändeten Rechts nur die Form, in der das Pfandrecht nach außen wirkt; überall birgt sich, dort wie hier, in dem Recht an dem verpfändeten Object, in der Macht über dieses, das Recht auf den Vermögenswerth desselben, das nach der Natur des verpfändeten Rechts verschieden sich äußern wird.

Nur ein Satz ist an dieser Stelle noch hervorzuheben, der, obgleich an sich einfach und nothwendig genug, dennoch nicht sel-

---

1) Vgl. Keller, röm. Civilproceß, 3. Aufl. S. 130.

ten übersehen wird. Wie die verpfändete Sache in dem Vermögen des Eigenthümers, muß auch das verpfändete Recht in dem Vermögen des Verpfänders bleiben.

Ginge das verpfändete Recht in das Vermögen des Pfandgläubigers über, so würde dieser eben kein Pfandrecht an diesem Recht, sondern das betreffende Recht, also z. B. Servitutrecht oder Forderungsrecht selbst haben. Gerade hier zeigt sich am unmittelbarsten die Unrichtigkeit der oben angeführten Schmidschen Successionstheorie. Ein Näheres über diesen Punkt werden wir dort vorbringen, wo derselbe für das von uns zu behandelnde Thema unmittelbar wichtig wird.

Wir gehen zu der Gestaltung des Pfandrechts bei der Verpfändung der einzelnen verschiedenen Rechte über, eine Ausführung, die nothwendig ist, um die eben aufgestellten Sätze zu beweisen. Wir heben namentlich Servituten, Emphyteuse, Superficies und Forderungsrechte hervor.

Unter den Servituten ist als schon constituirtes Servitutrecht, also von dem Servitutberechtigten selbst, nur eine verpfändbar, der ususfructus, aus Gründen die schon oben ihre Ausführung gefunden haben.

Die Anwendung der eben aufgestellten Sätze ist hier einfach. Der Pfandgläubiger hat in Folge seines Pfandrechts entweder sofort, wenn der Ususfructus zu Faustpfand, oder zur Zeit der Geltendmachung seines Pfandrechts, wenn derselbe in Hypothek gegeben ist, das dingliche Recht der Ausübung des Ususfructs. Er wird durch exceptio und actio utilis confessoria für die Dauer dieses Pfandrechts jedem Dritten gegenüber geschützt, ebenso wie der emtor ususfructus.[1])

Unserer Auffassung, welche dies dem Pfandgläubiger zustehende jus utendi fruendi aus der ihm vermöge seines Pfandrechts unmittelbar über den verpfändeten Ususfruct zustehenden Macht herleitet, wird hier noch insbesondere der oben schon im Allgemeinen reprobirte Einwand, daß das Pfandrecht ein dingliches Recht, die Servitut aber keine körperliche Sache sei, ent-

1) L. 11 §. 2 D. de pign. (20, 1).

gegengesetzt. „Nur direct an den Objecten der Außenwelt" hätte den Römern ein dingliches Herrschaftsrecht möglich geschienen; „daher die Regel: servitus servitutis esse non potest."[1])

Auch gegen den letzten Einwand müssen wir unsere Theorie, welche die Basis unserer ganzen Arbeit bildet, vertheidigen. Der Satz, auf dessen Analogie Dernburg sich beruft: servitus servitutis esse non potest, sagt nicht: eine Servitut an einer Servitut ist unmöglich, weil ein jus in re zu seinem Gegenstand eine Sache erfordert; vielmehr geht sein Inhalt, wie die betreffenden Quellenstellen[2]) beweisen, dahin: obgleich Ususfruct und Usus in ihrer Gestalt als quasi ususfructus oder quasi usus nicht mehr an eine bestimmte Form ihres Objects gebunden sind, also bestehen können, ohne formell jura in re aliena zu sein, so kann doch ein ususfructus itineris, viae, actus etc. nicht bestellt werden, quia servitus servitutis esse non potest.

Dieser Gedankenzusammenhang ergiebt sich am klarsten aus der l. 1 cit., wo es heißt:

> Nec usus nec ususfructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest; nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sint, ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit — —

Also: servitus servitutis esse non potest, obgleich nach dem Senatusconsult an allen Vermögensstücken, Sachen wie Rechten, ein Ususfructus constituirt werden kann. Jener Satz findet also nicht in der Form der Servituten, als „unkörperlicher Gerechtsame" seinen Grund, denn dem Quasiususfructus ist die Form seines Objects gleichgültig, sondern anderswo. Der römische Jurist selbst giebt allerdings nur den äußerlichen Grund, daß das Senatusconsult seinem Wortlaut nach nicht zutreffe, weil der Eigenthümer selbst kein jus eundi u. s. w. am eigenen Grund-

1) Dernburg S. 487.

2) L. 1 D. de usu et usufr. (33, 2) und l. 33 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3).

stück, also das betreffende Servitutrecht nicht im Vermögen hat (non ex bonis est), obgleich er allerdings andererseits doch selbst gehen, fahren u. s. w. kann (neque extra bona est). Unserer Ansicht nach findet jener Rechtssatz seinen Grund in dem Princip des

Fragm. Sexti Pomponii:[1])

— (servitutum) usus ita connexus est, ut, qui eam partiatur, naturam ejus corrumpat.

Namentlich die Prädialservituten, zur Befriedigung bestimmter Bedürfnisse bestimmt, vermögen ihren Zweck nur ganz oder gar nicht zu erreichen. Eine Beschränkung ihres Inhalts ohne Aufhebung ihrer selbst ist unmöglich.

Uns genügt es, hier hervorzuheben, daß der Satz Dernburg's: nur direct an den Objecten der Außenwelt hätte den Römern ein dingliches Herrschaftsrecht möglich geschienen, durch den Satz: servitus servitutis esse non potest nicht bewiesen wird.

Für unsere Ansicht spricht dagegen unmittelbar die Stellung der Frage, welche in der l. 11 §. 2 D. de pign. (20, 1) bejaht wird:

Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est.

Es kann also pignus und hypotheca an einem Usufruct bestellt werden, also ein wirkliches Pfandrecht mit allen seinen Eigenthümlichkeiten, nicht blos ein juristisch verschiedenes, nur praktisch denselben Zweck verfolgendes Verhältniß hergestellt werden.

Auch das positive Resultat, das Dernburg a. a. O. giebt, kann uns nicht bewegen, seiner Ansicht beizutreten. Er sagt: „wie der Forderungspfandgläubiger wurde der Creditor, welchem die Servitut verpfändet ist, an die Stelle des Berechtigten gesetzt, so jedoch, daß alle seine Befugnisse der Tilgung der Forderung bestimmt sind."

Daß der Creditor materiell, praktisch die Stelle des Usu-

---

1) Corpus Juris Romani Antejustiniani, Bonnae. S. 169. 170.

fructuars einnimmt, sehen wir allerdings deutlich genug. Die Quellen geben ihm ja für die Dauer seines Faustpfandrechts das dinglich geschützte Recht der Ausübung des Usufructs. Aber darauf kommt es m. E. gerade an, diese Erscheinung aus dem Wesen des Pfandrechts, oder sonst irgendwie, juristisch zu begründen, zu erklären. Wir finden diese Erklärung darin, daß das jus utendi fruendi des Nießbrauchspfandgläubigers der Ausdruck der seinem Pfandrecht entspringenden unmittelbaren Herrschaft über den Inhalt des verpfändeten Rechts ist, ohne daß dies darum dem Recht oder der Ausübung nach in das Vermögen des Pfandgläubigers übergegangen wäre.

Doch ist dies jus utendi fruendi nur die Form, in der das Pfandrecht sich äußert, und dadurch unterscheidet es sich namentlich von dem jus utendi fruendi, welches in dem jus ususfructus enthalten ist. Hier ist diese Befugniß Zweck, dort ist sie Mittel; hier ist der Wille des berechtigten Subjects durch die dem Usufruct entspringenden Befugnisse befriedigt, dort äußert sich in denselben nur die Macht, die dem berechtigten Subject zusteht, um sich selbst erst Befriedigung zu verschaffen. Kurz, der dem Pfandrecht eigenthümliche Antagonismus zwischen Form und Inhalt tritt, wie überall, so auch hier zu Tage.

Das Pfandrecht ist seinem Inhalt nach nämlich auch hier das Recht auf den Vermögenswerth seines Objects. Wir haben oben gesehen, daß diese Seite des dem Pfandrecht innewohnenden Inhalts die Verpfändung anderer Servituten, außer dem Usufructus, ausschließt.

Ueber den Vermögenswerth, den der Usufructus enthält, disponirt der Usufructuar durch die Verpfändung desselben; auch diese Verpfändung erscheint demnach als Ausübung des Usufructs. Von diesem Gesichtspunkt aus erklärt sich der uns in zwei Stellen des Corpus juris[1]) aufbewahrte Ausspruch des Javolenus:

Fructus rei est, vel pignori dare licere.

Wir haben ferner oben gesehen, daß bei Verpfändung von Sa-

1) L. 49 D. de usur. (22, 1) und l. 72 D. de R. J. (50, 17).

chen das Recht auf den Vermögenswerth des verpfändeten Objects nur durch Verkauf desselben befriedigt werden kann, und sich darum in dem Verkaufsrecht äußert. Bei der Verpfändung des ususfructus macht sich dies etwas anders. Er selbst producirt nämlich seinen Vermögenswerth in den Früchten, die er in das Vermögen des Usufructuars oder des dinglich am ususfructus Berechtigten überträgt. Steht der Gläubiger in der Ausübung des ususfructus, so fallen ihm durch Perception die Früchte zu.[1]) Schon in der dauernden Ausübung der dem Pfandrecht als Recht an dem ususfructus entspringenden Befugnisse vermag sich hier also das Recht des Gläubigers auf den Vermögenswerth des verpfändeten Objects zu befriedigen. Doch producirt der ususfructus in einer gewissen Zeit seiner Ausübung in den Früchten, die er in das Vermögen des Nießnutzenden überträgt, nicht seinen vollen Vermögenswerth, sondern eben nur seinen Vermögenswerth für diese Zeit seiner Dauer. Es ist darum zufällig, wenn sich schon dieser Theil seines Vermögenswerthes mit dem Vermögenswerth deckt, auf den sich das Pfandrecht des Gläubigers richtet. Um den vollen Vermögenswerth des ususfructus herzustellen, hat dieser darum, so lange sein Pfandrecht dauert, das Recht der Veräußerung des Usufructs. Der Käufer tritt dann völlig so in den Nießbrauch ein, wie wenn der Usufructuar selbst an ihn veräußert hätte.

Wie den Inhalt einer bestehenden, kann das Pfandrecht auch den Inhalt einer formell noch nicht begründeten Servitut sich unterwerfen.[2]) Als Verpfänder erscheint der Eigenthümer der Sache, welche durch die verpfändete Servitut belastet werden soll. Object des Pfandrechts ist hier die Summe von Befugnissen, welche den Inhalt der betreffenden Servitut ausmachen; das Eigenthümliche unseres Falles ist nur, daß diese Befugnisse hier noch nicht wie bei der Verpfändung einer bestehenden Servitut äußerlich in ein Recht zusammengefaßt erscheinen, sondern

---

1) Vgl. Dernburg S. 487. And. Ans. Lang im civ. Archiv Bd. 29. S. 310. Für unsere Ansicht spricht die Gleichstellung des creditor mit dem emtor ususfructus in l. 11 §. 2 D. de pign. (20, 1).

2) L. 11 §. 2. 3. l. 12. 15 pr. D. de pign. (20, 1).

als Ausfluß eines andern Rechts bestehen. Auf diese Weise verpfändbar ist der Usufructus und die servitutes praediorum rusticorum. Die Verpfändung der letzteren ist von Seiten des Eigenthümers möglich, obgleich der Servitutberechtigte selbst sie nicht verpfänden kann, weil die in der Servitut enthaltenen Befugnisse dort noch nicht an ein bestimmtes Grundstück gebunden, noch nicht bestimmten Bedürfnissen dienstbar gemacht sind. Dagegen sind aus oben angeführten Gründen die servitutes praediorum urbanorum auch hier von jeder Verpfändung ausgeschlossen.[1])

Das Pfandrecht nimmt auch hier den Inhalt der ihm unterworfenen Servitut in sich auf. Der Pfandgläubiger hat das jus utendi fruendi, eundi, agendi u. s. w., aber nicht als Servitutberechtigter, sondern nur in Folge des ihm zustehenden Pfandrechts, also auch nur auf die Dauer desselben. Als ihm eigenthümlicher Inhalt erscheint auch hier das Recht auf den Vermögenswerth der Servitut. Der Pfandgläubiger hat das Recht, die Servitut kaufsweise einem Andern zu bestellen; in dem Kaufpreise stellt sich der Vermögenswerth der ihm verpfändeten Befugnisse dar. Formell schließen sich diese zu einer Servitut erst bei dem Käufer zusammen. Dieser hat dieselbe dann gerade ebenso, wie wenn sie ihm von dem Eigenthümer der Sache bestellt wäre.

Auch Emphyteuse und Superficies sind nach dem ausdrücklichen Zeugniß der Quellen[2]) verpfändbar.

Streitig ist, ob hier das emphyteutikarische, resp. superficiarische Recht, oder die Sache selbst Object des Pfandrechts sei.[3]) Der Punkt bedarf einer näheren Besprechung,

1) L. 11 §. 3 cit. — Jo. Schneidewinus, commentarius in quatuor Institutionum Justiniani libros, Argent. 1599, meint S. 488 nr. 13, wie der Originalität halber hier angeführt werden mag, die servitutes praediorum urb. könnten nicht verpfändet werden, nam mutatione illarum deformaretur aspectus urbis.

2) L. 16 §. 2 D. de pign. act. (13, 7.) l. 31 D. de pign. (20, 1.)

3) Für die erste Ansicht Hepp, Archiv Bd. 15. S. 80—82; für die andere Büchel, Erörterungen I. S. 414 ff. S. 435. 436. Dernburg I. S. 218 ff.

weil uns eine ähnliche Meinungsdifferenz auch bei der Lehre vom Afterpfandrecht vorkommen wird.

Aus dem allgemeinen Grundsatze, daß man nur verpfänden kann, was man im Eigenthum, im Vermögen hat, folgt mit Nothwendigkeit, daß Emphyteuta und Superficiar nur ihr Recht, nicht die Sache verpfänden können, denn nur jenes, nicht diese haben sie im Vermögen.[1] Die ältere Theorie läugnete diesen Satz, indem sie für Emphyteuta und Superficiar gleichermaßen wie für den publicianischen Besitzer ein utile dominium statuirte und von hier aus zu dem Schlusse kam, daß jene beiden, ebenso wie dieser, die Sache selbst verpfändeten.[2] Mit dieser Theorie muß auch die Consequenz fallen. Emphyteuta und Superficiar stehen gerade dadurch zu dem publicianischen Besitzer im Gegensatze, daß dieser gar kein jus in re, überhaupt kein absolutes Recht an der Sache, sondern nur eine relativ wirksame actio in rem hat, die dem prätorisch geschützten Rechtsverhältniß entspringt, in welchem er zu der Sache steht, während jene an der fremden Sache dinglich berechtigt sind. Daraus erhellt die Unrichtigkeit des Gesichtspunktes, aus welchem noch Dernburg a. a. O. Emphyteuta und Superficiar mit dem publicianischen Besitzer zusammenstellt. Dieser kann und will nur die Sache verpfänden, jene haben ein Recht an der Sache im Vermögen, über welches sie verpfändend disponiren können. Dort erhält der Pfandgläubiger nur denselben relativen Schutz, der seinem Verpfänder zukam[3], eben weil das verpfändete Object nur in bonis, nicht im Eigenthum des Verpfänders stand; hier ist der Schutz des Pfandgläubigers ein absoluter,

l. 13 §. 3 D. de pign. (20, 1):

— legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem —

1) Arg. l. 71 §. 5. 6 D. de legat. I. l. 15 §. 26 D. de damn. inf. (39, 2.)

2) So die Glossatoren und deren Nachfolger; später Donell, Balduin, Regusantius, Mudäus, Gmelin.

3) L. 18 D. de pign. (20, 1.)

denn diese Verpfändung ist eine vollgültige, einzig deshalb, weil der Emphyteuta und Superficiar nicht die Sache, sondern ihr völlig in ihrem Vermögen stehendes Recht verpfänden.

Gegen die Consequenzen des Satzes, daß man nur verpfänden kann, was man im Vermögen hat, sind von den Gegnern unserer Ansicht mehrere, aber sämmtlich ungenügende Gründe angeführt.

Büchel und Dernburg berufen sich beide auf den Sprachgebrauch der Quellen, welche allerdings die Verpfändung von Emphyteuse und Superficies als Verpfändung des betreffenden Grundstücks bezeichnen.[1]) Mit diesem Grunde ist nichts bewiesen, weil der angeführte Sprachgebrauch auf die verschiedenste Weise begründet werden kann[2]); unsere Begründung desselben wird später erfolgen.

Dernburg beruft sich weiter insbesondere darauf, daß Emphyteuta und Superficiar doch auf den fundus selbst für die Dauer ihres Rechts Servituten legen können; ebenso gut müßten sie auch den fundus selbst verpfänden können.

Wie wenig stringent diese Beweisführung ist, erhellt schon daraus, daß nur über den fundus, nicht über das emphyteutikarische oder superficiarische Recht gegangen, gefahren werden kann, daß nur der fundus, nicht das betreffende Recht Früchte trägt u. s. w.; kurz: Servituten, namentlich servitutes praediorum, sind ihrer Natur nach nur am fundus, nicht an dem Rechte bestellbar. Im Gegentheil ist das emphyteutikarische Recht ebenso ein Gegenstand von Vermögenswerth, wie der fundus selbst, also an sich jenes ebenso wie dieses fähig, Gegenstand eines Pfandrechts zu sein. Demnach konnte wohl das Bedürfniß entstehen, dem Emphyteuta gegen die Consequenz des strengen Rechts die Befugniß der Servitutenbestellung am fundus zu verleihen; nicht so auch ein Bedürfniß, ihm die Verpfändung des fundus selbst zu gestatten.

Es zeigt aber weiter auch eine genauere Betrachtung die

1) Vgl. die S. 33 Note 2. citirten Stellen.

2) Vgl. Hepp a. a. O.

durchaus verschiedene Weise und Wirkung der Disposition, die der Emphyteuta durch Servitutenbestellung und derjenigen, die er durch Verpfändung vornimmt. Nur um einem Bedürfnisse zu genügen, hat der Prätor dem Emphyteuta das ihm an sich nicht zuständige Recht gegeben, Servituten am fundus zu bestellen. Daher können die römischen Juristen auch überall, wo sie von solchen von Emphyteuta oder Superficiar bestellten Servituten reden, nicht genug hervorheben, daß dieselben non jure, non ipso jure constitutae seien[1]), daß der bestellte usus fructus oder usus nur quasi ein usus fructus oder usus sei, d. h. ein dem wirklichen Usus fructus nur ähnliches Verhältniß[2]), daß diese Servituten nur tuitione Praetoris, Praetorio jure beständen.[3]) Es hat dies aber darin seinen Grund, daß die betreffende Befugniß gegen die Consequenzen des Rechts läuft. Ein Ausdruck der in derselben liegenden Anomalie ist denn auch, daß solche Servituten, obgleich an sich dinglicher Art, nur dem Emphyteuta, nicht dem dominus gegenüber wirken, und darum mit Untergang der Emphyteuse vernichtet werden.

Dagegen ist in den Quellen keine Spur davon zu finden, daß in der Verpfändung, die Superficiar und Emphyteuta vornehmen, ebenfalls eigentlich ein Ueberschreiten ihres Rechts liege, daß demnach das von ihnen bestellte Pfandrecht auch eigentlich kein wirkliches Pfandrecht, sondern nur ein äußerlich ähnliches Verhältniß sei. Im Gegentheil heißt es:

l. 13 §. 3 cit.:

legitime consistere creditor potest —

l. 31 D. de pign. (20, 1):

recte fundus pignori datus est —

ein Unterschied, der sich nur daraus erklärt, daß hier Emphyteuta und Superficiar völlig in den Grenzen ihres Rechts bleiben, daß sie nur über einen ihren Dispositionen unterwor-

1) L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. (7, 4.) l. 1 §. 9 D. de superfic. (43, 18.)

2) L. 1 §. 6 D. eod.

3) L. 1 pr. l. 1 §. 9 citt.

fenen Gegenstand, also über ihr Recht, nicht über die ihnen fremde Sache durch Verpfändung disponiren.

Künstlich genug ist der Grund, den Büchel a. a. O. für seine Ansicht vorbringt. Er sagt, Gegenstand des emphyteutikarischen und superficiarischen Rechts sei nicht das emphyteutikarische und superficiarische Recht selbst, sondern die Sache; darum werde nicht jenes, sondern diese verpfändet. Im Gegentheil bestände das Object eines Servitutrechts in jure, in den vom Eigenthum abgelösten Befugnissen, darum werde hier das jus, nicht ein corpus verpfändet. Dagegen ist zu bemerken, daß das Servitutrecht ebensowenig wie das Recht des Emphyteuta und Superficiars, daß überhaupt kein Recht sich selbst oder seinen Inhalt zum Gegenstande hat. Gegenstand eines Rechts ist dasjenige Object, über welches der berechtigte Wille vermöge des Inhalts des ihm zuständigen Rechts zu disponiren vermag, dasjenige Object, welches als Gegenstand der Aeußerung des berechtigten Willens erscheint. Der Servitutberechtigte wirkt, falls er sein Recht ausübt, nicht auf die ihm zustehenden Befugnisse, sondern auf die ihm unterworfene Sache ein; Object des Servitutrechts ist ebensowohl wie bei Emphyteuse und Superficies die Sache selbst, nur dort in anderer Weise als hier. Von diesem Gesichtspunkte ist zu einem Unterschiede zwischen der vom Emphyteuta und Superficiar und der vom Servitutberechtigten vorgenommenen Verpfändung durchaus nicht zu gelangen.

So wird denn auch ferner von unseren Gegnern selbst zugestanden, daß der Pfandgläubiger nur das emphyteutikarische, resp. superficiarische Recht, nicht die Sache selbst zu veräußern vermag, daß er also nur das Recht auf den Vermögenswerth dieses Rechts, nicht auf den der Sache hat. Wie man diesen Satz damit vereinigen kann, daß dennoch diese Sache und nicht jenes Recht Object des Pfandrechts sei, ist schwer zu ersehen. Der „oberste Grundsatz", den Dernburg S. 221 dafür anführt, „daß die Rechte des Grundherrn durch die dinglichen Dispositionen des Vectigalbesitzers niemals geschmälert werden können", möchte vielmehr dafür

streiten, daß Emphyteuta und Superficiar überhaupt die Sache selbst nicht verpfänden können.

Unsere Ansicht wird denn auch dadurch unmittelbar unterstützt und bewiesen, daß nach den Quellen das Recht des Pfandgläubigers sich hier völlig in den Grenzen des emphyteutikarischen und superficiarischen Rechts bewegt[1]), daß die vom Eigenthümer vorgenommene Privation, also Untergang des emphyteutikarischen Rechts, das Pfandrecht ebenfalls vernichtet[2]), daß endlich, und das ist das schlagendste Argument, die utilis in rem actio, also die Constituirung des dinglichen Rechts für den Superficiar, Grundlage und Fundament seines Rechts zu verpfänden ist,

l. 16 §. 2 D. de pign. act. (13, 7):

Etiam vectigale praedium pignori dari potest; sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur.

Gegen alle diese Argumente sich dadurch zu schützen, daß Emphyteuta und Superficiar den fundus „in den Grenzen ihres Rechts" verpfänden, ist unklare Halbheit. Die Verpfändung einer Sache hat bestimmte Wirkungen; ebenso die Verpfändung eines Rechts; wie die Verpfändung einer Sache in den Grenzen eines Rechts wirke, welcher Art ein solches Rechtsgeschäft überhaupt sei, ist nirgendsher zu ersehen.

Der einzige praktische Grund, um dessentwillen man von gegnerischer Seite alle diese Inconsequenzen festhält, liegt allein in der Absicht, das Pfandrecht des Gläubigers für den Fall zu erhalten, daß der Eigenthümer die Emphyteuse durch Kauf oder Erbgang erwirbt. Der Untergang des Pfandrechts erscheine als eine „unbillige Consequenz" der Theorie, daß Emphyteuta und Superficiar das Recht und nicht die Sache verpfänden.[3])

Mit demselben Argument aber könnte man auch dem, dem ein usufructus verpfändet worden ist, ein Pfandrecht an der Sache selbst vindiciren, denn auch der Usufructuar kann den

1) L. 17 D. de pign. act. (13, 7.)
2) L. 31 D. de pign. (20, 1.)
3) Dernburg S. 221.

usus fructus noch nach der Verpfändung beliebig, also auch an den dominus, veräußern. Im letzten Falle wird das Pfandrecht untergehen, nach dem allgemeinen Grundsatz,

l. 8 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6):

Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit.

Es ist juristische Nothwendigkeit, daß mit Untergang des Objects des Pfandrechts das Pfandrecht selbst untergeht; die Art des Unterganges ist gleichgültig. Ebenso wenig wie hier können uns bei Emphyteuse und Superficies Billigkeitsgründe bestimmen, von der Consequenz des Rechts abzugehen, oder gar allein auf diesen Grund eine andere juristische Auffassung der Sache zu gründen.

Daß die Römer die allein von unserm Standpunkt aus sich ergebende Consequenz wirklich gezogen haben, zeigt überdies die l. 31 D. de pign. (20, 1) aufs Deutlichste. Nach dieser Stelle vernichtet die von dem dominus vorgenommene Privation des emphyteutikarischen Grundstücks das an der Emphyteuse bestellte Pfandrecht, offenbar einzig deshalb, weil dasselbe mit dem Recht des Emphyteuta sein Object verliert. Die Wirkung einer Resolutivbedingung, die man vielleicht in der Stelle suchen möchte[1]), nach den Worten:

Lex vectigali fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat —

liegt dennoch nicht vor, wie sich aus dem Schluß der Stelle ergiebt. Hier wird nämlich der Untergang der Emphyteuse und damit des bestellten Pfandrechts erst noch von der Bedingung abhängig gemacht,

si, ut proponeretur, vectigali non soluto, jure suo dominus usus esset.

Jene Bestimmung sollte also nicht den Zweck haben, durch die Kraft einer in derselben enthaltenen Resolutivbedingung das bestellte emphyteutikarische Recht ipso jure aufzulösen, sondern

---

1) So thut dies z. B. Gmelin l. cit. S. 14.

nur Ausdruck eines für den dominus unter dieser Bedingung entspringenden Privationsrechts sein. Eine solche lex war, namentlich vor der Ausbildung der Emphyteuse zu einem besonderen Rechtsinstitut, mit einem jeden emphyteutikarischen Vertrage verbunden[1]) und noch Justinian bezeugt in der l. 2 C. de jure emphyt. (4, 66), daß zu seiner Zeit

de rejectione ejus, qui emphyteusin suscepit, si solitam pensionem vel publicarum functionum apochas non praestiterit,

paciscirt sei.

Weshalb aber der Untergang der Emphyteuse durch Privation eine andere Wirkung haben solle als der durch Kauf oder Ererbung von Seiten des Eigenthümers, ist durchaus nicht zu ersehen. Dernburg beruft sich darauf, daß dort eine bereits früher begründete Befugniß des Grundherrn vorliege, welche „durch nachfolgende willkürliche oder zufällige Veränderungen in der Lage der Sache nicht leiden dürfe." Dieser Grund ist nicht blos ein unjuristischer, sondern auch ein an sich unzutreffender. Einerseits entsteht auch das Privationsrecht erst in dem Moment, in welchem der Kanon die gesetzliche Zeit hindurch nicht gezahlt ist, und andererseits ist auch das Erbrecht z. B. regelmäßig ebenso wie das Privationsrecht in abstracto durch Verwandtschaft oder Testament schon früher, vielleicht lange vor der Verpfändung begründet. Im Gegentheil ist von der gegnerischen Ansicht aus überhaupt kein Grund zu finden, der den in der l. 31 cit. enthaltenen Rechtssatz rechtfertige; während er von unserer Ansicht aus als nothwendige Consequenz erscheint.

Ich gelange von diesen Betrachtungen aus zu dem Resultat, daß Emphyteuta und Superficiar ihr Recht und nicht die Sache verpfänden. Daß sich auch von diesem Gesichtspunkt aus die ganze Lehre juristisch begründen läßt, soll das Folgende zeigen.

Das Pfandrecht an dem emphyteutikarischen oder superficiarischen Recht unterwirft dasselbe unmittelbar seinem vollen In-

---

1) Vgl. Gajus III. §. 145. l. 1 pr. D. si ager vectig. (6, 3.)

halt nach dem Willen des Pfandberechtigten. Dieselben Befugnisse, wie dem Emphyteuta und Superficiar, stehen also, mit Ausschluß jedes Dritten[1]), dem Pfandgläubiger zu, sobald er berechtigt ist, sein Pfandrecht auszuüben. Es erwächst ihm also namentlich ein Recht, die Sache, welche Gegenstand des emphyteutikarischen oder superficiarischen Rechts ist, zu besitzen, ein Recht, welches er mit der ihm utiliter zustehenden utilis rei vindicatio seines Verpfänders geltend macht. Dem Pfandrecht an Emphyteuse und Superficies entspringt also in Folge der eigenthümlichen Natur dieser Rechte ebenso wie der Verpfändung einer Sache eine utilis rei vindicatio, eine Klage, vermöge welcher er den Besitz der Sache unmittelbar für sich in Anspruch nimmt. Nur der theoretische Grund ist hier ein anderer wie dort. Das Pfandrecht an der körperlichen Sache trägt als solches unmittelbar das Herrschaftsrecht über diese Sache in sich; das Pfandrecht an der Emphyteuse und Superficies nimmt das Besitzrecht nicht aus sich selbst, sondern aus dem Inhalt des ihm unterliegenden Rechts. Die utilis rei vindicatio des Sachpfandgläubigers ist eine reine Pfandklage, eine hypothecaria in rem actio; die in rem actio dessen, dem Emphyteuse und Superficies verpfändet sind, ist eine in Folge seines Pfandrechts dem Pfandgläubiger zuständige emphyteutikarische resp. superficiarische Klage, eine, wenn ich so sagen soll, hypothecaria utilis in rem actio.

Der eben hervorgehobene Umstand bedarf der Erwägung, denn wir stehen hier an dem Punkte, an welchem der Sprachgebrauch der römischen Juristen, die das praedium, den fundus selbst als vom Emphyteuta resp. Superficiar verpfändet hinstellen, seine genügende Erklärung findet. Wir haben eben gesehen, daß der am emphyteutikarischen oder superficiarischen Recht Pfandberechtigte ebenso wie der Sachenpfandgläubiger eine unmittelbar auf Besitz der Sache gerichtete in rem actio hat. Es kommt hinzu, daß jener Pfandgläubiger ebensowohl wie dieser sein Pfandrecht in unmittelbarem (juristischem) Besitz der Sache aus-

---

1) L. 13 §. 3 D. de pign. (20, 1.)

übt, denn nach der richtigen Ansicht besitzen Emphyteuta und Superficiar die Sache und nicht ihr Recht.[1]) Endlich wird, falls der Pfandgläubiger sofort in die Ausübung seines Pfandrechts gesetzt werden soll, hier wie dort auf ihn unmittelbarer Pfandbesitz der Sache übertragen; kurz die Sache erscheint hier wie dort überall als directer Gegenstand der vom Pfandgläubiger auszuübenden Machtbefugnisse. Man vergleiche hiemit Aussprüche der römischen Juristen, wie in

l. 16 §. 2 D. de pign. act. (13, 7):

— vectigale praedium pignori dari, placuit;

l. 31 D. de pign. (20, 1):

— is fundus a possessore pignori datus est — —

und man wird einfach finden, daß die Römer, statt einen theoretisch genauen Ausdruck zu gebrauchen, sich an die ins Auge springende Außenseite des Rechtsgeschäfts gehalten haben, wenn sie sagten: „das praedium vectigale ist in Pfandbesitz gegeben worden".

Des Näheren die Stellung des an Emphyteuse oder Superficies Pfandberechtigten dem dominus gegenüber auseinanderzusetzen, ist hier nicht der Ort. Es genügt, nur noch zu bemerken, daß das Recht des Pfandgläubigers auf den Vermögenswerth des ihm verpfändeten Objects sich zu dem Recht der Veräußerung des betreffenden Rechts gestaltet. Der Pfandgläubiger befriedigt sich aus dem entgegengenommenen Kaufpreise. Der Käufer tritt in die Emphyteuse oder Superficies gerade so ein, wie wenn Emphyteuta oder Superficiar selbst an ihn veräußert hätten.

Schwieriger, aber interessanter, und namentlich beweisend für die Richtigkeit der oben von uns aufgestellten Definition des Pfandrechts ist die Lehre von der Verpfändung der Forderungsrechte.

Seiner Form nach muß das Pfandrecht hier, ebenso wie bei der Verpfändung dinglicher Rechte, das verpfändete Recht

---

1) Für die Richtigkeit dieser Ansicht möchten sich namentlich aus dem hier behandelten Punkte wichtige Argumente ergeben.

seinem vollen Inhalt nach unmittelbar dem Willen des Pfandgläubigers unterthan machen, und zwar das ganze Forderungsrecht, nicht etwa einen Theil desselben. Wie ferner dem Servitutenpfandrecht die utilis confessoria, dem Pfandrecht an Emphyteuse und Superficies die utilis in rem actio entspringt, ebenso muß bei dem Pfandrecht an der Forderung die actio in personam dem Pfandgläubiger als utilis zustehen. In derselben äußert sich hier ebenso wie dort die ihm über das Pfandobject unmittelbar zuständige Macht; denn nur als Pfandgläubiger, nicht, wenn ich mich mit Bähr[1]) des Ausdrucks bedienen darf, als Eigenthümer des Forderungsrechts hat er die demselben entspringende Klage.

Diese Sätze sind unmittelbare Folge unserer Ansicht vom Pfandrecht, sie finden auch in den Quellen ihre Bestätigung[2]), indem überall, worauf namentlich Gewicht zu legen ist, die Pfandconvention selbst als unmittelbarer Grund der dem Pfandgläubiger zustehenden utilis in personam actio angeführt wird.

Dennoch ist diese Ansicht durchaus nicht die herrschende; im Gegentheil nimmt man gewöhnlich an, daß die actio utilis des Pfandgläubigers auf einer bedingten Cession von Seiten des Verpfänders beruhe.[3])

Zu meiner Freude kann ich mich hier für meine Ansicht auf die gründliche Ausführung von Schmid[4]) berufen; es be-

---

1) Gerber und Ihering's Jahrbücher Bd. 1. S. 361 und sonst.

2) Vgl. l. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7.) l. 20 D. de pign. (20, 1.) l. 4. C. quae res pignori (8, 17.)

3) So namentlich Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl. S. 520, und nach ihm Gaupp, de nominis pignore §. 6. Huschke, de pignore nominis cap. 3 §. 1. Pfeiffer, practische Ausführungen Bd. 1. Nr. I. Puchta, Vorlesungen, 4. Aufl. I. S. 436. Arndts, Pandekten §. 255 Anm. 1 u. s. w. Schon Buchka, de pignore nominis, S. 8 ff. erklärte sich mit richtigen Gründen gegen diese Ansicht, doch ohne Erfolg (vgl. Puchta a. a. O.), und ohne daß man seine eigene positive Ansicht klar hervortreten sähe.

4) Grundlehren der Cession, S. 115 ff.

darf nur noch weniger Bemerkungen, um die Grundlosigkeit der herrschenden Ansicht völlig darzuthun.

Zunächst, wäre die Verpfändung einer Forderung eine bedinge Cession derselben, so hätte der Pfandgläubiger vor Eintritt der Bedingung [1]) noch gar nicht irgend welches Recht; er hat aber sofort sein Pfandrecht an der Forderung. Ausfluß dieses Rechts ist die Denunciation, die er mit sogleich eintretender Wirkung an den Schuldner erläßt. [2]) Die Bedingung: si debitor is satis non fecit, cui tu credidisti, ist nicht Voraussetzung für das Entstehen, sondern für die Fortdauer des Forderungspfandrechts. Daß das Existentwerden der actio utilis in personam für den Forderungspfandgläubiger von einer solchen Bedingung unabhängig ist, beweist der oben bemerkte Umstand, daß die Quellen aus der Pfandconvention sofort die actio utilis für denselben entspringen lassen.

Von dem Standpunkte der Gegner aus wäre ferner unerklärbar, wie das dem Pfandgläubiger von dem verpfändeten Schuldner [3]) gezahlte corpus demselben nur an Pfandes Statt, nicht zu Eigenthum verbleibt. [4])

Ferner müßte dem pignus nominis als bedingter Cession der Forderung das Sachenpfandrecht als bedingte Uebertragung des Eigenthums zur Seite stehen, oder, mit andern Worten, das pignus nominis verlöre ganz seine besondere Natur als solches. Die Gegner läugnen mit ihrer Ansicht das Bestehen eines Pfandrechts an einer Forderung, sie setzen an Stelle desselben ein Rechtsgeschäft, das allerdings auch den Zweck der Sicherung des Gläubigers für seine Forderung verfolgt, aber des eigenthümlichen Charakters der Bestellung eines Pfandrechts ermangelt, und in ganz anderer juristischer Form wirkt. Gerade dies widerlegt sie am schlagendsten, weil die Quellen das pignus

---

1) Diese Bedingung soll Unterbleiben der Zahlung von Seiten des verpfändenden Schuldners sein.

2) L. 4 C. cit.

3) So nenne ich nach dem Vorgange Anderer der Kürze halber denjenigen Schuldner, gegen den sich das verpfändete Forderungsrecht richtet.

4) L. 18 pr. cit. l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1.)

nominis ersichtlich als eine Fortbildung und weitere Anwendung des Pfandrechtsbegriffs darstellen, nicht als ein nur seinem Zwecke nach mit der Verpfändung verwandtes Rechtsgeschäft.[1])

Zu alledem kommt endlich hinzu, daß, wie eine Sache, so auch ein Forderungsrecht mehrere Male verpfändet werden kann, mit der Wirkung, daß jeder der Pfandgläubiger ein vollgültiges Pfandrecht erwirbt, während im Gegentheil die Cession einer Forderung nur auf Einen das Forderungsrecht wirksam zu übertragen vermag.[2])

Aus dem bisher Vorgebrachten folgt m. E. nicht blos, daß, wie Mühlenbruch a. a. O. etwa zugeben möchte, die Grundsätze von der Cession für die Lehre von der Verpfändung eines Forderungsrechts einer Modification bedürfen, sondern, daß der Gesichtspunkt der Cession für unsere Frage überhaupt unmöglich ist. Allerdings tritt auch hier uns eine actio utilis entgegen, mit welcher ein Dritter, an sich nicht Forderungsberechtigter, eine fremde Forderung auszuüben berechtigt ist; allerdings kommt auch hier in ähnlicher Weise wie bei der Cession die Denunciation an den Schuldner, gegen den die actio utilis sich richten soll, zur Sprache[3]); dennoch ist der juristische Gesichtspunkt hier ein völlig anderer wie dort. Der hauptsächlichste und entscheidende Unterschied ist der, daß die Cession eine Form für die Uebertragung einer Forderung aus einem Vermögen in ein anderes, hingegen die Verpfändung Mittel zur Constituirung eines neuen, bisher noch nicht dagewesenen Rechtes an der in dem Vermögen des Verpfänders verbleibenden Forderung ist.

Das Streben, beide Anschauungen mit einander zu vereinigen, hat, wie das natürlich ist, nur sehr schwankende und zweifelhafte Resultate gegeben. So z. B. bei v. Vangerow[4])

1) Vgl. l. 7 C. de hered. vend. (4, 39) und l. 4 C. quae res pign. (8, 17.)

2) Vgl. Buchka l. c. S. 41. 42. Vgl. auch ibid. S. 17. 39. 40, wo sich noch andere Gründe gegen die herrschende Ansicht finden, die ich der Kürze halber hier übergehe.

3) L. 4 C. cit.

4) Pandekten I. §. 368 Anm. 1.

und Sintenis.[1]) Jener erklärt, daß der Creditor nur ex mandato actionum, oder was diesem rechtlich gleichsteht, die actio utilis haben könne. „Damit soll aber freilich nicht ge-„sagt sein, daß die Verpfändung eines nomen ganz wie eine „eventuelle oder bedingte Cession und der Pfandgläubiger wie „ein Cessionar zu behandeln sei, sondern man muß hier noth-„wendig, so weit es nur immer die Eigenthümlichkeit des Objects „zuläßt, die Grundsätze des Pfandrechts eingreifen lassen", u. s. w. Sintenis resumirt seine S. 23. 24. vorgetragene Ausführung in der Inhaltsübersicht S. VIII. selbst dahin: „Es ist keine „Cession vorhanden, sondern eine eigenthümliche Uebergangs-„art der Klagen anzunehmen, begründet durch die Eigenthümlich-„keit des Rechtsgeschäfts selbst und seinen Zweck." Daß von solchen Grundlagen aus jedes Princip für die Behandlung des pignus nominis verschwindet, ist selbstverständlich.

Die auffallendste Ansicht ist die von Trotsche[2]) vertheidigte, daß das pignus nominis keine Cession, sondern Constituirung eines dinglichen Rechts an dem Forderungsrechte sei, welchem demzufolge denn auch eine actio in rem hypothecaria entspringe. Es wird hiemit also ein Recht an einer Sache angenommen, welches dennoch zu seinem Gegenstande nicht eine Sache, sondern ein Recht hat. Die Prämisse Trotsche's, daß das Pfandrecht als solches ein Recht an einer Sache sei, ist aber falsch und petitio principii.[3])

Der richtigen Ansicht am nächsten steht Bähr[4]); nur irrt er darin, daß er trotz seiner eigenen Ausführungen die Verpfändung einer Forderung dennoch nur für eine der mannigfaltigen causae cessionis hält. Es ist das ebensowenig möglich, wie wenn Verpfändung einer Sache eine der causae der Eigenthumsübertragung sein sollte.

Nach diesem Excurs kehre ich zur weiteren Ausführung meiner Ansicht über das pignus nominis zurück.

---

1) Pfandrechtliche Streitfragen S. 23. 24.
2) Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 75 ff.
3) Vgl. Buchka l. cit. S. 9.
4) A. a. O. S. 374. 397 Note 94 a. E. und S. 398.

Die actio utilis in personam des Forderungspfandgläubigers ist Ausdruck seiner ihm über das Pfandobject unmittelbar zustehenden Macht. Daß diese sich hier in persönlicher, nicht, wie bisher, in dinglicher Form äußert, ist lediglich Folge der Form des ihm unterworfenen Objects. Dennoch erfüllt das Pfandrecht hier ebensowohl wie in den bisher behandelten Fällen seinen Zweck. Das Forderungsrecht ist wegen seines Vermögenswerthes an sich ebenso einer Verpfändung fähig, wie jedes andere Vermögensstück. Es bedurfte nur einer Form, um dasselbe in ähnlicher Weise wie die körperliche Sache dem Willen des Pfandgläubigers unmittelbar zu unterwerfen und nahe zu bringen. Diese Form fand sich in der von den römischen Juristen dem Forderungspfandgläubiger zugeschriebenen, von dem weiteren Willen des Verpfänders unabhängigen, utilis actio, die andererseits in ihren Wirkungen durch den Rechtssatz gesichert ward, daß nach geschehener Verpfändung des Forderungsrechts, wenigstens nach einer vom Pfandgläubiger ergangenen Denunciation, der verpfändete Schuldner sich durch Zahlung an seinen Gläubiger vor Tilgung des Pfandrechts nicht befreien könne.[1])

Inhalt des Pfandrechts ist auch hier das Recht auf den Vermögenswerth seines Objects, so weit derselbe zur Befriedigung der durch das Forderungspfandrecht gesicherten Forderung nöthig ist. Dasselbe gestaltet sich hier in Folge der besonderen Natur der Forderungsrechte auf eine besondere Weise.

Der Vermögenswerth des Forderungsrechts kann nämlich auf eine doppelte Weise hergestellt werden.

Einerseits ist dasselbe ebenso wie Sachen und andere Rechte Gegenstand des Vermögensverkehrs: es kann schenkungs-, kaufsweise veräußert werden u. s. w. Der Verkaufswerth der Forderung ist ihr Vermögenswerth. Das Pfandrecht am Forderungsrecht vermag sich demnach ebenso wie das Pfandrecht an Sachen und an dinglichen Rechten in dem Verkaufsrecht zu äußern.

---

1) L. 4 C. cit.

Andererseits ist das Forderungsrecht aber nach unserer oben aufgestellten Definition selbst ein Recht auf einen Vermögenswerth. Der Vermögenswerth, den das Forderungsrecht zu produciren vermag, repräsentirt seinen eigenen Vermögenswerth. Das Forderungsrecht hat also selbst das Streben und die Kraft, seinen eigenen Vermögenswerth herzustellen. So öffnet sich für das Pfandrecht hier ein anderer zweiter Weg, seinen Inhalt geltend zu machen. Es braucht nur die Mittel zu benutzen, welche sein Gegenstand selbst ihm darbietet, den Vermögenswerth desselben herzustellen. Die actio utilis in personam, die ihm in Folge seines unmittelbar das Pfandobject ergreifenden Rechts entspringt, vermag ihm zugleich als Mittel zu dienen, sein Streben nach dem Vermögenswerth seines Objects zu befriedigen. So tritt neben das jus distrahendi beim Forderungspfandrecht mit ganz gleicher Bedeutung das jus exigendi. Im Verkauf sowohl wie in der Ausklagung des verpfändeten Schuldners äußert sich zugleich die dem Pfandgläubiger über sein Object zustehende Herrschaft, und sein Recht auf Befriedigung aus diesem Object; in beiden Vorgängen findet das Pfandrecht sowohl als Recht an seinem Object wie als Recht auf dessen Vermögenswerth seinen vollen Ausdruck. Consequenz davon ist, daß der Pfandgläubiger hier wie dort über das ganze Pfandobject zu disponiren berechtigt ist; denn dasselbe unterliegt völlig und ganz seinem Willen, mag die Forderung, für die ihm sein Pfandrecht bestellt ist, an Vermögenswerth der verpfändeten Forderung gleichkommen oder nicht. Ebenso wie beim Sachenpfandrecht ist die nach außen wirkende Macht, die dem Pfandrecht als Recht an seinem Object entspringt, unabhängig von der Größe des Vermögenswerthes, auf den es sich seinem Inhalte nach richtet; seine Form läßt es die Grenzen seines Inhalts überschreiten. Erst die persönliche pignoratitia actio muß auch hier regulirend einschreiten, um die materiellen Verhältnisse zur Geltung zu bringen.

Das jus distrahendi sowohl wie das jus exigendi des Forderungspfandgläubigers finden wir denn auch in den Quel-

len namentlich bestätigt.[1]) Nach der herrschenden Ansicht erscheint nur das erstere als normaler Ausfluß seines Pfandrechts; von unserer Theorie aus haben wir den Vortheil, auch das zweite Recht als Consequenz desselben einheitlichen Princips zu erkennen.

Einer näheren Betrachtung ist jetzt nur noch das jus exigendi zu unterwerfen. Wir haben hier Rechtssätze zu entwickeln, die für die Lehre vom Afterpfandrecht von unmittelbarer Bedeutung sind.

In der Geltendmachung der verpfändeten Forderung durch Entgegennahme der Zahlung oder durch Anstellung der Klage sehen wir das Forderungspfandrecht thätig, sich den Vermögenswerth zu verschaffen, auf den es seinem Inhalte nach gerichtet ist. Die weitere Entwickelung dieses rechtlichen Vorganges ist eine verschiedene, je nachdem der Pfandgläubiger aus der verpfändeten Forderung Geld oder eine andere Sache, in den Quellen technisch corpus genannt, entgegennimmt.

Im ersten Falle wird durch die Geldzahlung von Seiten des verpfändeten Schuldners der Vermögenswerth der verpfändeten Forderung unmittelbar hergestellt; das Forderungspfandrecht hat den Gegenstand gefunden, auf den es sich seinem Inhalte nach richtet, und geht demnach in seiner Befriedigung unter. Das gezahlte Geld tritt sofort in das Eigenthum des Pfandgläubigers; nur wird er zur Restitution der hyperocha durch die actio pignoratitia persönlich verpflichtet.

Dieser Vorgang wird in den Quellen so ausgedrückt, daß der Pfandgläubiger, wenn ihm aus der verpfändeten Forderung Geld gezahlt werde, mit sich abrechne, compensire,

l. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7):

— si id nomen pecuniarium fuit, exactam pecuniam tecum pensabis — —

l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1):

— si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori

1) L. 15 §. 10 D. de re jud. (42, 1), l. 7 C. de hered. vend. (4, 39). — L. 7 C. eod. l. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7). l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1). l. 4 C. quae res pign. (8, 17).

datum est, exacta ea creditorem **secum pensaturum** — —

d. h. also, er behält von dem empfangenen Gelde so viel für sich zurück, als hinreicht, seine ihm gegen den Verpfänder zustehende Forderung zu decken, er macht sich selbst bezahlt. Ganz ebenso heißt es auch in den Quellen von dem Sachpfandgläubiger, der sich aus dem für die Sache erhaltenen Preis befriedigt,

l. 3 C. de luit. pign. (8, 31):

— rebus in solutum datis, sive distractis, **compensato pretio** — —

l. 10 C. de obl. et act. (4, 10):

— eo, quod de pretio servari potuit, in debitum **computato** — —

ein nicht geringer Beweis, daß der juristische Vorgang, wie es nach unserer Theorie der Fall ist, dort wie hier ganz derselbe ist. Dort wie hier muß sofort Eigenthum, nicht etwa Pfandbesitz auf den Pfandgläubiger übergehen[1]); dort wie hier muß dennoch der Gläubiger sich erst selbst gleichsam bezahlt machen, weil für seine ihm gegen den Verpfänder zustehende Forderung ihm von Keinem Zahlung geleistet ist. Der animus solvendi des verpfändeten Schuldners richtet sich auf seine dem Verpfänder gegenüber bestehende Verpflichtung, der des Käufers auf die für ihn aus dem Kaufcontract entsprungene Obligation; das so aus einem andern Obligationsgrunde ihm zugekommene Geld rechnet erst der Pfandgläubiger sich auf die Forderung an, für die ihm das Forderungspfandrecht bestellt war.

Die eben entwickelten Principien werden noch klarer werden durch den Gegensatz des anderen Falles, zu dem wir uns jetzt wenden. Ist aus der verpfändeten Forderung dem Gläubiger kein Geld, sondern eine andere Sache, ein corpus, gezahlt,

1) So auch die herrschende Meinung: anders früher Gaupp, de nominis pignore, S. 44. 45, jetzt Schmid, Cession, S. 120. Der einzige Grund, den Letzterer dafür anführt, daß der Pfandgläubiger nur Pfandbesitz, nicht Eigenthum an dem gezahlten Gelde erwirbt, ist der in den ll. citt. gebrauchte Ausdruck secum pensare. Die richtige Deutung dieses Ausdrucks ist im Text zu geben versucht. Ein Näheres über die Schmid'sche Ansicht wird noch später erfolgen, wo wir weiteren Consequenzen derselben begegnen.

so ist der Vermögenswerth der verpfändeten Forderung, auf den sich das an derselben bestellte Pfandrecht richtet, noch nicht unmittelbar hergestellt. Der Vermögenswerth derselben ruhte hier vielmehr gleichsam in einer doppelten Hülle; von der einen, der Form des Forderungsrechtes befreit, liegt er noch in der andern, dem corpus, das dieselbe aus sich herausgesetzt hat, verschlossen. Auf diesen Vermögenswerth, der sich jetzt in dem geleisteten corpus darstellt, richtet das Pfandrecht sich noch fortwährend. Das an der Forderung bestellte Pfandrecht ist durch Leistung des corpus noch nicht befriedigt, der Vermögenswerth, den es erreichen will, ist noch nicht hergestellt. Aus diesem Grunde fährt es hier fort, zu bestehen, aber in anderer Form, weil der Gegenstand, der ihm den bestimmten Vermögenswerth gewähren soll, seine Form gewechselt hat. Das Pfandrecht an der Forderung setzt sich hier als Pfandrecht an der geleisteten Sache fort, mit allen seinen bisherigen Eigenthümlichkeiten, derselben Priorität, denselben Privilegien u. s. w.

So erscheint dieser Vorgang weniger als eine Verwandlung des Pfandrechts[1]), die zu erklären man einer besonderen, in der Verpfändung der Forderung enthaltenen Convention der Partheien bedürfte[2]), durchaus nicht als eine Inconsequenz, die man den „conditoribus des römischen Rechts" vorzuwerfen hätte[3]), sondern als eine aus dem innersten Wesen des Pfandrechts mit Nothwendigkeit folgende Fortsetzung, Fortführung seiner bisherigen Existenz, nur in einer durch die Wandlung seines Gegenstandes bedingten Wandlung seiner Form, eine Aenderung, die ihm nur äußerlich bleibt, und seine innerste Existenz nicht berührt.

Mag man auch an diesem Punkte die aufgestellte Theorie in ihrem Gegensatz gegen die herrschende Ansicht für rein abstractes Gedankenspiel halten; später wird es sich zeigen, daß

---

1) Dies ist der Grundgedanke der schon öfter citirten Abhandlung Gaupp's.

2) So Dernburg S. 468. Schmid S. 124.

3) Sintenis, Pfandrechtliche Streitfr. S. 28.

gerade diese Herleitung des fraglichen Rechtssatzes aus diesen Principien von bedeutsamer Wichtigkeit wird.

Die Quellenaussprüche, die den eben theoretisch begründeten Rechtssatz enthalten, sind

l. 18 cit.:

— si vero corporis alicujus (nomen fuerit), id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

l. 13 §. 2 cit.:

— si vero corpus debuerit et solverit, pignoris loco futurum.

Der gebrauchte Ausdruck: pignoris loco hat früher die Behauptung hervorgerufen, das gezahlte corpus werde nicht einem wirklichen Pfandrecht des Forderungspfandgläubigers unterworfen, sondern es stehe demselben vielmehr nur ein Retentionsrecht zu.[1]) Diese Ansicht kann jetzt als allgemein aufgegeben angesehen werden, und bedarf darum einer besondern Widerlegung nicht mehr.

Zu beachten ist hier noch, daß in beiden Stellen von einem accipere, solvere des corpus, also von einer freiwilligen Leistung desselben die Rede ist, während oben die pecunia ebenso gleichförmig als exacta pecunia bezeichnet wurde. Es hat dies einfach seinen Grund darin, daß zur Zeit des classischen römischen Rechts die condemnatio stets auf Geld gerichtet war, das geschuldete corpus also dem Gläubiger nur im Falle freiwilliger Leistung zukam. Der Punkt ist namentlich für die Interpretation der unten näher zu besprechenden l. 13 §. 2 cit. von Wichtigkeit.

Mit dem Bisherigen sind die principiellen Fragen, auf denen die Lehre vom Pfandrecht überhaupt ruht, so weit sie uns für unsere Zwecke interessiren, erledigt. Wir wenden uns jetzt zu unserem Thema, der Lehre vom Afterpfandrecht, deren allgemeine Grundlagen bisher festzustellen versucht ist.

1) Trotsche a. a. O. S. 114 ff. und nach ihm Mühlenbruch 3. Aufl. S. 346, Heimbach im Rechtslexikon Bd. 8. S. 74. 77.

III.

Das Pfandrecht am Pfandrecht.

Auch ein Pfandrecht kann verpfändet werden. Die Verpfändung eines Pfandrechts nennen wir Afterverpfändung, das Pfandrecht am Pfandrecht Afterpfandrecht oder subpignus.[1])

Die Möglichkeit eines Pfandrechts am Pfandrecht wird nach den Ausführungen in §. I. und II. nicht mehr so sehr auffallen. Das Pfandrecht ist seiner Natur nach an keine bestimmte Form seines Objects gebunden. Wir haben es bisher schon in den mannigfaltigsten Formen, dennoch in seinem Wesen sich gleichbleibend, verfolgt; in der Lehre vom Afterpfandrecht bewahrheitet sich diese seine Eigenthümlichkeit am deutlichsten: es wird, was keinem anderen Rechte möglich ist, zugleich dominirendes Recht und unterliegendes Object, es kehrt, nachdem es seinen Kreislauf durch die verschiedensten Vermögensbestandtheile vollendet, hier zu sich selbst zurück.

Dennoch ist unser Satz: Das Afterpfandrecht ist ein Pfandrecht an einem Pfandrecht, von den verschiedensten Seiten her angegriffen, und die verschiedensten Meinungen über das Wesen des Afterpfandrechts von gegnerischer Seite aufgestellt. Jene Angriffe zurückzuweisen und diese Meinungen in ihrer Unrichtigkeit darzulegen, soll zunächst unsere Aufgabe sein. Erst dann

---

1) Der Name subpignus ist ein moderner. Schweppe hat sich in seinem Röm. Privatrecht §. 340 desselben zuerst bedient.

werden wir uns zu der näheren Begriffsbestimmung des Pfandrechts am Pfandrecht wenden.

Um die Unmöglichkeit eines Pfandrechts am Pfandrecht darzuthun, hat man besonders vorgebracht, dasselbe könne durchaus nicht irgend welche Sicherheit gewähren, denn der verpfändende Pfandgläubiger könne ja jeden Augenblick durch Einziehung der Forderung, für die ihm das verpfändete Pfandrecht bestellt war, das Object des von ihm errichteten Pfandrechts vernichten, und damit dem Afterpfandgläubiger die Sicherheit entziehen, die diesem doch durch das bestellte Pfandrecht gewährt werden sollte.[1])

Dieser Grund ist kein juristischer; er widerlegt nicht die Möglichkeit der Begründung eines Pfandrechts am Pfandrecht, wenn er hervorhebt, daß dasselbe leicht ohne Befriedigung untergehen könne. Ebenso kann ein Usufructus durch Zufall, z. B. durch den Tod des Usufructuars, oder auch durch den Willen des Letzteren, z. B. durch Veräußerung an den Eigenthümer, in jedem Augenblick untergehen; auch hier kann die durch Verpfändung des Usufructus gewährte Sicherheit möglicherweise nur eine sehr prekäre sein. Dennoch kann der ususfructus unbedingt und unter allen Umständen verpfändet werden. Solche Betrachtungen wie die eben hervorgehobenen sind höchstens für den Gläubiger, der sich ein Pfandrecht bestellen lassen will, von Bedeutung; nicht für den Juristen, der aus gegebenen Grundsätzen Consequenzen zu ziehen hat.

Ferner heißt es bei unseren Gegnern: „Ein Recht, welches „blos Accessorium eines anderen Rechtes ist, kann nicht allein „und ohne dieses einem Dritten abgetreten werden.“[2])

Hiergegen ist ein Doppeltes zu erinnern. Einerseits ist das Pfandrecht nicht in dem Sinne Accession des Forderungsrechts[3]),

---

1) Trotsche, Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 4. Dernburg, Pfandrecht I. S. 477. Hoffmann, Civilistische Versuche von Fuhr und Hoffmann, S. 73. 74. Mühlenbruch. S. 338.

2) Trotsche S. 3. Ebenso Sintenis, Streitfr. S. 36, Pfandrecht S. 169. Mühlenbruch a. a. O.

3) Vgl. l. 43 D. de solut. (46, 3).

daß es gar keines selbstständigen juristischen Schicksales fähig wäre; im Gegentheil heißt es

l. 13 §. 4 D. de pign. (20,1):

— suas conditiones habet actio hypothecaria — —

l. 59 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1):

— remanet propter pignus naturalis obligatio — —[1])

Das Pfandrecht ist überhaupt nur so weit von der Forderung, für die es besteht, abhängig und nur soweit ein Accessorium derselben, als es in der Befriedigung dieser seinen Zweck verfolgt, für den und durch den es besteht. Es unterliegt im Uebrigen völlig selbstständigen Dispositionen, wie z. B. durch Erlaß, es kann ein Anderer in Folge des jus offerendi in dasselbe succediren, ohne daß dort zugleich die Forderung erlassen, hier in dieselbe succedirt würde.[2])

Andererseits ist Verpfändung keine „Abtretung" oder etwas dem Aehnliches, etwa eine bedingte Cession, eine Ansicht, der wir weiter unten noch bestimmter, und mit Gründen, entgegentreten werden. Die Verpfändung eines Pfandrechts ist ebenso wenig wie die Verpfändung eines Forderungsrechts in Wirklichkeit ein anderes Geschäft, das mit Unrecht diesen Namen trüge, sondern eine wahre Verpfändung, Constituirung eines Pfandrechts, und unterscheidet sich von der Abtretung des verpfändeten Rechts ganz gerade so wie die Verpfändung einer Sache von der Uebertragung des Eigenthums an derselben.

Weiter führt man gegen unsere Ansicht an, daß das Pfandrecht nicht zu den verkäuflichen Dingen gehört[3]), und dasselbe soll auch wohl der Sinn der übertriebenen Aeußerung Huschke's sein[4]), „daß das Pfandrecht eigentlich nicht zu den Sachen gehöre, von denen man sagen kann, sie seien in bonis." Ebenso sagt

---

1) Vgl. Schwanert, die Naturalobligationen des römischen Rechts, S. 406. Brinz, Pandekten I. S. 293. Anders allerdings Savigny, System Bd. 5 §. 250 Note q.

2) Brinz S. 292.

3) Brinz S. 325.

4) Zeitschr. für Civilr. u. Proceß Bd. 20. S. 221. 222.

auch Trotsche[1]), der Pfandgläubiger könne nur die ihm verpfändete Sache, nicht das ihm zustehende Pfandrecht verkaufen.

Dies Argument trifft jedoch nur diejenige Ansicht, welche das Verkaufsrecht als solches für den Inhalt des Pfandrechts hält. Von dieser Ansicht aus könnte allerdings ein nicht verkäufliches Object auch nicht Gegenstand des Pfandrechts sein. Anders nach unserer Theorie. Das Verkaufsrecht schien uns nur die, namentlich bei Verpfändung von Sachen und dinglichen Rechten, durch die Natur dieser Objecte bedingte, also zufällige Form, in der sich das dem Pfandrecht innewohnende Recht auf den Vermögenswerth des ihm unterliegenden Objects äußert und nach Geltendmachung und Befriedigung strebt. Wesentlich ist dem Pfandrecht nur eine Eigenschaft an seinem Object, nämlich die, daß es einen herstellbaren Vermögenswerth besitzt; einen solchen trägt aber das Pfandrecht unläugbar in sich, nur daß derselbe nicht durch Verkauf, sondern lediglich durch seine Geltendmachung hergestellt werden kann. Welche Consequenzen dieser Umstand für Inhalt und Natur des Pfandrechts am Pfandrecht hat, wird später erhellen; hier genügt es, zu bemerken, daß das Pfandrecht als Gegenstand von Vermögenswerth auch selbst wieder Gegenstand eines Pfandrechts sein kann. Allerdings bereichert das Pfandrecht nicht, doch nur aus dem Grunde, weil in dem Moment, in welchem der Pfandgläubiger sich durch Ausübung seines Pfandrechts den Vermögenswerth verschafft, auf den dieses sich richtet, ein anderes Recht, nämlich das Forderungsrecht, für welches jenes Pfandrecht bestellt war, aus seinem Vermögen ausscheidet. Pfandrecht und Forderung richten sich, wie oben schon ausgeführt ist, auf denselben Vermögenswerth, Befriedigung des einen Rechts hebt das andere auf. Ebensowenig aber, wie man der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung deshalb den Vermögenswerth absprechen wird, weil ihre Befriedigung jetzt zugleich auch den Untergang des Pfandrechts herbeiführt, ebensowenig kann man aus dem-

1) A. a. O. S. 43 Note 13.

selben Grunde dem Pfandrecht die Eigenschaft des Vermögenswerthes läugnen.[1])

Endlich hat man vorgebracht, die Afterverpfändung enthalte eine zweite Verpfändung, „natürlich desselben Gegenstandes, wie die erste[2])" und Sintenis[3]) beruft sich noch darauf, daß man auch bei der Afterverpfändung Faustpfand und Hypothek unterscheide; das Pfandrecht könne man aber nicht besitzen. Beide Sätze enthalten eine petitio principii. Erklärt man die Afterverpfändung für die Verpfändung eines Pfandrechts, so wird man sie nicht für eine zweite Verpfändung desselben Objects, sondern eben nur für die Verpfändung des Pfandrechts an diesem Object halten, und unter derselben Bedingung wird man dann auch läugnen, daß beim Afterpfand völlig ebenso wie z. B. beim Sachenpfand zwischen Faustpfand und Hypothek unterschieden werden könne. Ist doch diese doppelte Erscheinungsform dem Pfandrecht durchaus nicht naturnothwendig, und z. B. anerkanntermaßen beim Forderungspfand völlig unmöglich.

Soweit die gegen unsere Ansicht vorgebrachten Gründe. Es folgen jetzt die von anderen Seiten positiv aufgestellten Ansichten.

Die eine ist, daß der Afterverpfänder unmittelbar das ihm verpfändete Object weiter verpfände.

Dies ist die älteste, von den Glossatoren her bis zu diesem Jahrhundert fast allgemein herrschende Theorie. So heißt es in der glossa ad tit. C. si pignus pignori (8,24): Non solum a dominis, sed etiam a non dominis res obligantur, puta ab his, quibus sunt obligatae (Azo). Auf dieser Glosse

1) Die Gegenbemerkung, die Arndts, Pandekten §. 367. Note 3, gegen das von Brinz vorgebrachte Bedenken (s. oben S. 55 bei Note 3) dahin macht, daß der Pfandgläubiger ja auch einem Dritten für einen Preis afterverpfänden könne, ist nicht schlagend, weil sie auf der unten noch zu widerlegenden Ansicht ruht, daß Verpfändung eines Pfandrechts Uebertragung, Cession desselben sei.

2) Brinz S. 325. Büchel, Erörterungen 2. Aufl. I. S. 393. 394.

3) Streitfragen S. 36.

basirt später die Theorie des Donellus[1]), die ihrer scharfen Formulirung wegen als Repräsentantin der Zeitanschauungen hier ihren Platz finden mag. Es heißt bei ihm a. a. O.: An omnes res, quae in bonis sunt, obligari possint, videndum est. Et receptum est, ut omnes possint. — — Earum plura sunt genera. — — Primum genus est earum rerum, quae vere dominii nostri sunt — — Alterum est earum, quarum quasi domini sumus. — Quo in genere sunt vectigalia praedia et superficiaria. — — Tertium est genus earum, quarum neque domini sumus, neque quasi domini: cujus generis sunt, quae pignori sunt obligatae. Ebenso Regusantius.[2]) Der durchweg regelmäßige Ausdruck des 16., 17. und 18. Jahrhunderts für die Afterverpfändung ist pignoris oppignoratio, bona oppignorata oppignorare u. s. w.[3]) Das lübische Recht drückt sich, indem es die Afterverpfändung verbieten will, so aus[4]): „Es mag auch niemand sein Pfand andern aussetzen noch verpfänden, bei Straffe der Gerichte." So heißt es denn auch noch bei Glück[5]), der Pfandgläubiger könne „die ihm verpfändete Sache, wofern nicht ein Anderes ausdrücklich verabredet worden ist, seinem eigenen Gläubiger wieder verpfänden." Allerdings findet sich auch schon frühe die andere Ansicht, daß der Pfandgläubiger sein Recht und nicht die Sache afterverpfände, doch nur vereinzelt. So bei Bartolus[6]), Salicetus[7]); später am klarsten bei Balduinus[8]),

---

1) De pignoribus et hypothecis cap. 8.

2) De pign. et hyp. pars 2. m. 3. n. 19.

3) Vgl. außer den in der Einleitung genannten Schriftstellern dieser Zeit z. B. noch J. Thomingius, responsa, Francof. a. M. 1608, consil. 38 n. 65. E. Cothmannus, responsa, Francof. 1610, resp. 57. n. 270—273. A. de Reyger, thesaurus juris, Magdeb. 1618, tom. II. p. 377. n. 15.

4) Lib. III. tit. 4. art. 10. Daß die Stelle wirklich vom Afterpfandrecht handelt, beweist die Ausführung des D. Mevius, commentarius ad jus Lubecense, in l. c. n. 5 sqq.

5) Commentar, Bd. 14. S. 57. 58.

6) Ad l. 1 C. si pign. pignori (8, 24).

7) Ad l. 2 C. eod.

8) De pign. et hyp. cap. 12.

doch ohne daß die Frage darum zur Streitfrage geworden wäre. So findet man auch wohl die Ansicht, daß die Sache sowohl wie das Pfandrecht verpfändet werde, z. B. bei Mudäus[1]): neque hic intelligitur pignori datum jus tantum pignoris, sed ipsa res, quae pignorata est et pignori obligata. — Sed vi ipsa et potestate eodem fere recidit, ac si dicas, jus pignoris pignori esse datum. Die aus einem solchen Indifferentismus sich ergebende Verwahrlosung der Jurisprudenz in diesem Punkte ergiebt sich denn auch z. B. daraus, daß im Codex Mevianus[2]) die

l. 27 D. de pign. act. (13,7):

Petenti mutuam pecuniam creditori, quum prae manu debitor non haberet, species auri dedit, ut pignori apud alium creditorem poneret. Si jam solutione liberatas receptasque eas is, qui susceperat, tenet, exhibere jubendus est. Quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt, voluntate domini nexae videntur; sed, ut liberatae tradantur, domino earum propria actio adversus suum creditorem competit.

auf die Afterverpfändung bezogen wird. Die Glosse zu dieser Stelle steht dagegen völlig auf dem richtigen Standpunkte.

Erst in neuerer Zeit ist man sich über den Punkt, um den es sich handelt, klar geworden, und so entstand die lebhafte, noch jetzt nicht zu einer allgemein anerkannten Entscheidung gebrachte Streitfrage, mit der wir uns hier beschäftigen. Uns dünkt schon in diesem Streit ein Fortschritt gegen die frühere Jurisprudenz zu liegen. Klarheit in den theoretischen Anschauungen sollte das erste Streben eines Juristen sein, namentlich

---

1) De pign. et hyp., quae res obligentur, n. 17; in dem Corpus selectorum tractatuum de pignoribus et hypothecis, Francof. a. M. 1586. S. 281. Die Ansicht des Mudäus hat auch J. Lectius, ad Modestinum de poenis, und später Gmelin l. cit. S. 235. Auf demselben unklaren Standpunkte steht übrigens auch noch Sintenis, Streitfr. S. 34 ff. Pfandrecht S. 167 ff., der ebenfalls das Recht sowohl wie die Sache für verpfändet hält.

2) Tom. II. p. 668. dec. 1.

an einem Punkte wie dem unsrigen, wo es gilt, an den letzten Consequenzen eines Begriffs die Richtigkeit desselben zu erproben.[1])

Die neueren Juristen, welche die oben aufgestellte Ansicht vertheidigen, sind du Roi, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 6. S. 400, Trotsche a. a. O. S. 5 ff., Huschke, Zeitschr. f. Civilr. und Proc., Bd. 20. S. 221 ff.[2]), Büchel a. a. O. S. 389 ff., v. Vangerow, Pandekten, §. 368. Anm. 2, Brinz, Pand. I. S. 325. 26, endlich, wenn man will, auch Sintenis a. a. O., der wenigstens die Sache neben dem Recht für verpfändet hält.

Der positiven Argumente, die man bei diesen Schriftstellern für ihre Ansicht vorgebracht findet, bleiben, nachdem wir oben die negativen, mit denen sie unsere Ansicht bekämpfen, zurückgewiesen haben, nur wenige übrig.

Einerseits findet man angeführt: der Pfandgläubiger könne die Sache selbst, nicht etwa sein Pfandrecht an derselben veräußern; in der Veräußerungsbefugniß sei aber regelmäßig die Verpfändungsbefugniß mit enthalten; die Verpfändung sei im schlimmsten Falle nur ein eventueller Verkauf. Ebenso wie die Sache verkaufen, müßte der Pfandgläubiger sie demnach auch weiter verpfänden können.[3])

Dieser Argumentation ist schon von Anderen[4]) mit Recht entgegengesetzt, daß sie die Ausübung des Verpfändungsrechts des Pfandgläubigers an dieselben Voraussetzungen binden würde, von denen die Geltendmachung seines Veräußerungsrechts abhängt, Fälligkeit der Schuld, Erfüllung der Formalitäten. Von solchen Bedingungen der Afterverpfändung findet sich aber in den Quellen keine Spur. Sie beruht aber ferner auf einer völligen Verkennung des Wesens des Pfandrechts. Der Pfandgläubiger hat das Recht, die Sache zu verkaufen, nicht, weil er eine unbeschränkte Verfügungsgewalt über dieselbe hätte, sondern

---

1) A. M. scheint Arndts, Pandekten §. 367. Anm. 3.

2) In seiner Schrift de pignore nominis S. 26 hatte dieser Schriftsteller früher das Pfandrecht für verpfändet erklärt.

3) So Trotsche und v. Vangerow a. a. O.

4) So z. B. Mühlenbruch S. 342. Sintenis Streitfr. S. 35. Buchka S. 25. Dernburg S. 477.

nur als Ausdruck des ihm zustehenden Rechtes auf den Vermögenswerth der Sache. Der Pfandgläubiger hat darum nur das Recht, die Sache zu verkaufen, nicht etwa auch das Recht, anderweitige Dispositionen mit derselben vorzunehmen, er kann sie nicht selbst als Eigenthümer behalten wollen, er kann sie nicht verschenken, legiren u. s. w. Von dem Verkaufsrecht des Pfandgläubigers ist also ein Schluß auf andere ihm an der Sache zustehende Rechte durchaus nicht zu gestatten. Nicht zutreffend ist die Bemerkung Trotsche's [1]), daß bei der ältesten Art des Realcredits, der fiducia, der Pfandgläubiger doch unzweifelhaft die Sache selbst habe verpfänden können. Er konnte dies allerdings, aber gerade deshalb, weil er nicht blos ein Pfandrecht, sondern Eigenthum an der Sache hatte, und machte sich überdies durch eine solche Disposition aus dem pactum fiduciae seinem Schuldner gegenüber zum Ersatz des eventuell für diesen daraus entspringenden Schadens verpflichtet. [2])

Du Roi stützt seine Ansicht auf seine eigenthümliche Anschauung vom Pfandrecht: der Pfandgläubiger übe nur fremde Rechte in Stellvertretung des Eigenthümers aus. [3]) Er verpfände die Sache darum ebenso, wie er die Sache, nicht etwa sein Recht an derselben, vindicire und besitze. Gerade an dieser hier gezogenen Consequenz aber zeigt sich auf's Deutlichste die Unrichtigkeit seiner, jetzt auch allgemein verworfenen, Theorie vom Pfandrecht. Verpfändete der Pfandgläubiger wirklich in Stellvertretung des Eigenthümers, so würde das Afterpfandrecht gar nicht als eine besondere Art des Pfandrechts, sondern als ein gewöhnliches, von dem procurator domini bestelltes Pfandrecht erscheinen. Es müßte also z. B., einmal bestellt, ebenso unabhängig von der Dauer des dem stellvertretenden Pfandgläubiger zustehenden Pfandrechts, wie im anderen Falle von der Dauer des dem Procurator ertheilten Mandats sein. Ueberhaupt, keiner von den dem Afterpfandrecht eigenthümlichen Sätzen würde von dieser Theorie aus seine Erklärung finden.

1) A. a. O. S. 7.

2) Vgl. Dernburg S. 476 Note 4.

3) A. a. O. S. 402 ff.

Höchst eigenthümlicher Art sind die Gründe Huschke's.[1]) Wir haben oben gesehen, daß er meint, das Pfandrecht stehe nicht im Vermögen des Pfandgläubigers; hier hören wir, „die „Pfandsache selbst gehöre ihm, insofern sie durch Besitz und Ver„kauf ihm Sicherheit für seine Forderung gewährt," denn „in „der Verpflichtung einer Sache ist das Principale nicht die Ver„pflichtung, die als Principales stets ein selbstständiges Indivi„duum voraussetzt, sondern die Sächlichkeit des Objects, welches „hier nur verpflichtungsweise dem Berechtigten gehört." Beweis hiefür sei die utilis rei vindicatio, condictio furtiva und andere Klagen, die dem Pfandgläubiger ebenso wie dem Eigenthümer zustehen. Dennoch ist die Pfandsache, wie, allerdings ganz richtig, sogleich[2]) hinzugefügt wird, nicht in bonis des Pfandgläubigers, und dennoch soll ferner, wie es ebenfalls sogleich an demselben Orte heißt, die Afterverpfändung eine Cession des dem Afterverpfänder zustehenden Pfandrechts, also nicht Constituirung eines neuen Pfandrechts an der Sache sein, wie man nach Huschke's Ausführungen[3]) erwarten sollte.

Schon diese Zusammenstellung der Sätze Huschke's läßt m. E. ihre Unhaltbarkeit zur Genüge hervortreten.

Das letzte, und verhältnißmäßig beste, Argument, das die Gegner für ihre Ansicht vorbringen, ist endlich der Ausdruck der Quellen. Es heißt in denselben allerdings, die Pfandsache selbst werde weiter verpfändet,

l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1):

quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit — —

l. 14 §. 3 D. de div. praescr. (44, 3):

— si mihi pignori dederis et ego eandem rem alii pignoravi — —

l. 1 C. si pign. pignori (8, 24):

Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse — —

1) A. a. O. S. 223 ff.
2) S. 224.
3) S. 221.

Doch kann uns dieses Beweismittel allein wegen seiner schon früher hervorgehobenen Trüglichkeit nicht überzeugen. Wir haben schon oben bei der Lehre von Verpfändung der Superficies und Emphyteuse gesehen, daß der Ausdruck der Quellen zwar nicht ein unrichtiger, aber doch ein theoretisch ungenauer war. Ganz ebenso hier: er trifft die äußere Erscheinungsform, nicht das Wesen der Sache. Der Afterpfandgläubiger erwirbt nämlich durch die Afterverpfändung eines Sachenpfandrechts, wie unten näher begründet werden wird, eine utilis rei vindicatio, ebenso wie der erste Pfandgläubiger, dem die Sache selbst verpfändet ist. Dem Afterpfandrecht entspringt also ebenso wie dem an der Sache selbst constituirten Pfandrecht das Recht auf unmittelbare Herrschaft über die Sache, das Recht dieselbe zu besitzen. Dem Afterpfandrecht entspricht also ebenso wie dem Pfandrecht an der Sache als Ausübung die völlige factische Herrschaft über die Sache; der Afterpfandgläubiger besitzt die Sache, nicht irgend ein Recht, er vindicirt die Sache, nicht etwa das ihm verpfändete Pfandrecht an derselben. Er übt ferner sein Afterpfandrecht im Verkauf der Sache, nicht etwa in dem Verkauf des Pfandrechts aus. Aeußerlich erscheint das Afterpfandrecht also völlig mit denselben Wirkungen wie das Pfandrecht an der Sache. Diese Wirkungen des Afterpfandrechts bestimmten die Ausdrucksweise der römischen Juristen. Sie nannten das Object, das als Gegenstand der der Afterverpfändung entspringenden actio hypothecaria, überhaupt als Gegenstand der Ausübung des Afterpfandrechts erschien, unmittelbar Gegenstand der Afterverpfändung. Dazu kommt noch, daß die Quellen überall den Fall vor Augen haben, wo der Afterverpfändungsvertrag in der Besitzübertragung der dem Afterverpfänder verpfändeten Sache seinen Ausdruck findet (ähnlich wie bei Constituirung eines Sachenfaustpfandes), ein Grund mehr, von einem pignori dare rem pignoratam zu sprechen.[1])

Wenn wir jetzt dazu schreiten, von unserem Standpunkte aus diese Theorie, deren Begründung bisher beleuchtet ist, posi-

---

1) Vgl. Dernburg S. 478 und Schmid S. 144. 145.

tiv zu widerlegen, so soll noch davon abgesehen werden, daß dieselbe gegen den Grundsatz verstößt, daß nur der Eigenthümer rechtsgültig verpfänden kann; man möchte uns hier petitio principii vorwerfen [1]); das Hauptgewicht unserer Gegendeduction fällt darauf, daß von der bekämpften Ansicht aus die Lehre vom Afterpfandrecht sich jeder juristischen Begründung entzieht.

Zwei Sätze, die übrigens beide allgemein anerkannt sind, werden wir unten als besonders wichtig für die Lehre vom Afterpfandrecht kennen lernen. Der eine ist, daß mit dem Untergange des dem Afterverpfänder zuständigen Pfandrechts auch das Afterpfandrecht untergeht, der andere, daß der Afterpfandgläubiger in Geltendmachung seines Afterpfandrechts die Grenzen des dem Afterverpfänder zuständigen Pfandrechts nicht überschreiten darf. Von unserer Ansicht aus werden beide Sätze sich später als Consequenzen ergeben; von der gegnerischen Theorie aus sind sie völlig unerklärbar. Falls nämlich das dem Afterverpfänder zuständige Pfandrecht denselben zur Constituirung eines zweiten Pfandrechts an demselben Object berechtigt, so ist nicht zu ersehen, weshalb dies zweite Pfandrecht nachträglich untergehen soll, wenn das erste aufhört, also eigentlich der erste Pfandgläubiger nur die Autorisation verliert, noch neue Pfandrechte auf die Sache zu legen. Der Grund, der von gegnerischer Seite zur Erklärung angeführt wird, ist unbefriedigend genug. Man beruft sich auf den Satz: resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis. [2]) Hienach würde die angezogene Rechtsregel sagen, das Fortbestehen eines jeden Rechts wäre davon abhängig, daß diejenigen Voraussetzungen in der Person des Constituenten fortdauerten, welche ihn befähigten, dies Recht zu begründen, eine Consequenz, an welche nur erinnert zu werden braucht, um die falsche Anwendung, welche die Gegner von jener Regel machen, sofort darzulegen. [3]) Im Ge-

1) Sintenis Streitfr. S. 35. Pfandrecht S. 168.

2) So Trotsche S. 59. Huschke a. a. O. S. 233. Früher schon Baldus ad l. 1 C. si pign. pignori (8, 24), Gothofredus, in seiner Ausgabe des Corpus juris glossatum, ad l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1) und ad l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7).

3) Vgl. z. B. l. 1 §. 2 D. de pign. (20, 1).

gentheil erklärt dieser Satz den Untergang des Afterpfandrechts durch Untergang des Pfandrechts des Afterverpfänders nur für den Fall, wenn das letztere in Folge einer Resolutivbedingung nachträglich wegfällt.[1]) Das Afterpfandrecht fällt aber auch zusammen, falls das Pfandrecht des Afterverpfänders auf irgend eine andere Weise untergeht, namentlich durch Zahlung des Schuldners, der dem Afterverpfänder sein Pfandrecht bestellt hatte, an diesen Afterverpfänder.[2]) Durch Zahlung des Schuldners wird das Pfandrecht des Gläubigers aber nicht etwa so getilgt, daß es als niemals vorhanden gewesen angesehen würde, sondern es erreicht nur einfach sein Ende. Das in Folge dieses Pfandrechts ursprünglich einmal gültig an der Sache constituirte Pfandrecht müßte demnach also, weil die Bedingungen seiner Entstehung nicht rückwärts weggefallen sind, entschieden bestehen bleiben. Man sieht, daß die Theorie der Gegner hier sehr unbefriedigt läßt.

Dem andern Satz, daß das Afterpfandrecht, also, nach gegnerischer Ansicht, das zweite an demselben Object constituirte Pfandrecht, sich durchaus in den Grenzen des dem Afterverpfänder zuständigen Pfandrechts bewegt, sucht man durch die Ausflucht zu genügen, der Afterverpfänder verpfände die Sache „in den Grenzen seines Pfandrechts."[3])

Das Unbefriedigende dieser theoretischen Ansicht haben wir schon einmal hervorheben zu müssen geglaubt. Die Sache soll verpfändet sein, aber doch nicht mit denjenigen Wirkungen, welche die Verpfändung einer Sache hat. Die Wirkungen sollen die der Verpfändung eines Rechts sein, und doch soll nicht dies Recht, sondern eine Sache als verpfändet angesehen werden.

---

1) Vgl. Puchta, Pandekten §. 142.

2) L. 11 §. 5. l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7). l. 13 §. 2. D. de pign. (20, 1). — Zu bemerken ist, daß die beiden oben citirten Schriftsteller die Forderung nicht für mitverpfändet halten.

3) So z. B. v. Vangerow a. a. O. Ebenso auch das österr. Gesetzbuch §. 454: „Der Pfandinhaber kann sein Pfand, insoweit er ein Recht darauf hat, einem Dritten wieder verpfänden, und insofern wird es zum Afterpfande."

Die „Verpfändung einer Sache in den Grenzen eines Rechts" ist etwas logisch Unmögliches. Die Unrichtigkeit der bekämpften Theorie zeigt sich gerade darin am deutlichsten, daß sie zu einem solchen Nothbehelf greifen muß, um sich mit den klaren Aussprüchen der Quellen in Einklang zu setzen.

Andern Inconvenienzen, welche die gegnerische Theorie mit sich bringt, werden wir noch fernerhin begegnen; ich denke, daß das bisher Vorgebrachte genügt, um die Haltlosigkeit derselben und ihre juristische Unmöglichkeit hier darzuthun.

Eine zweite Ansicht, die der unsrigen unmittelbar zuwiderläuft, nämlich die von Hepp[1]) aufgestellte, bedarf nur der Erwähnung. Er meint: „wer ein Pfandrecht zum Afterpfand „giebt, verpfändet damit ein nomen, d. h. eine Forderung", und zwar „diejenige, welche ihm aus der Constituirung „des Pfandes (ex contractu pignoratitio oder ex pacto „hypothecae) gegen den Pfandbesteller zusteht, und welche „von beiden Seiten durch die actio pignoratitia, und gegen den „Pfandschuldner durch die actio hypothecaria geltend gemacht „werden kann."

Diese Ansicht, die sich durch ihre Gezwungenheit schon wenig empfiehlt, hat auch von jeher, und mit Recht, keinen Beifall gefunden.[2]) Ich lasse sie darum einfach bei Seite, und wende mich zu einer dritten Theorie, die namentlich noch in neuester Zeit zahlreiche und tüchtige Vertheidiger gefunden hat. Nach derselben soll die Afterverpfändung kein selbstständiges, eigenthümliches Geschäft, sondern nur eine besondere Art der Verpfändung einer Forderung sein. Haben die Partheien von der Verpfändung eines Pfandrechts oder eines Pfandes geredet, so soll Inhalt und Wirkung dieses Geschäfts dahin gehen, daß die Forderung, für die dem Afterverpfänder das von ihm weiter verpfändete Pfand bestellt war, dem Pfandnehmer neben diesem Pfande verpfändet sein solle.

---

1) Archiv für civil. Praxis Bd. 15. S. 87. 88.

2) Vgl. Trotsche a. a. O. S. 157 Note 180. Sintenis, Streitfr. S. 57. 58. Büchel a. a. O. S. 391 ff. u. A.

Die älteste Jurisprudenz war gegen diese Ansicht, die Glosse konnte schon deshalb zu derselben nicht kommen, weil sie in der l. 13 §. 2 D. de pign. (20,1), auf welche sich diese Ansicht namentlich stützt, mit den Worten: Sed potest dubitari, einen neuen Paragraphen anfing, mit der Bemerkung:

Et mutat hic casum; supra species fuit obligata, hic autem nomen.

Bartolus ist in seiner Erklärung der l. cit. über diesen Punkt schon zweifelhaft, non sum bene clarus de hoc; doch entscheidet er sich gegen die Ansicht, daß die Forderung mitverpfändet sei, ebenso Salicetus, zu derselben Stelle, quaestio 3. Fulgosius, ad l. cit., in fine, trat für dieselbe auf; doch ward die Ansicht nicht die herrschende, wie Mudäus[1]) berichtet.[2]) Auch später finden sich noch Zeugnisse, welche die aufgeworfene Frage entschieden verneinen, so bei Tuschi, Mevius an den in der Einleitung angeführten Stellen, ebenfalls in der daselbst citirten Sentenz der Erfurter Juristenfacultät. Doch deducirt andererseits schon Berlich wieder in seinen conclusiones a. a. O.: si creditor bona sibi oppignorata alteri cuidam pignori dat, tunc hoc nihil aliud est, quam oppignoratio nominis, und endlich Westphal[3]) und Glück[4]) stellen die bejahende Ansicht als die unzweifelhaft herrschende und richtige dar.

In neuerer Zeit ist die Frage zu einer der am lebhaftesten behandelten Streitfragen geworden. Die meisten, namentlich die neuesten Schriftsteller, sind für die Ansicht, daß durch die Afterverpfändung die Forderung, für die das verpfändete Pfand bestellt war, mitverpfändet werde, so Schweppe[5]), Gesterding[6]),

---

1) l. cit. n. 20.

2) Vgl. Donellus l. cit. cap. 8. Negusantius l. cit. pars 2 membr. 3 n. 28. Balduinus l. cit. cap. 12. 14.

3) Pfandrecht §. 144.

4) Bd. 14. S. 60.

5) Röm. Privatr. Bd. 2. §. 340.

6) Ueber die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts, S. 22 ff. Lehre vom Pfandrecht, 2. Aufl. S. 78 ff.; namentlich Ausbeute von Nachforschungen, Bd. 4. Abth. 1. S. 204 ff.

Mühlenbruch[1]), Sintenis[2]), v. Löhr[3]), Hoffmann[4]), Buchka[5]), v. Vangerow[6]) und in neuester Zeit noch Dernburg[7]) und Schmid.[8]) Gegen diese Ansicht haben sich namentlich erklärt Huschke[9]), Gaupp[10]), Hepp[11]), Trotsche[12]), Büchel[13]), Puchta[14]), Arndts[15]), Brinz[16]) und Windscheid.[17]) Ich muß den Letzteren völlig beitreten.

Bei meiner Deduction gegen die Ansicht, daß die Forderung mitverpfändet sei, will ich mich gar nicht darauf berufen, daß sie den Partheien einen anderen Willen octroyirt, als dieselben ersichtlich bei Eingehung des Geschäftes gehabt haben, — denn diese wollten nur das Pfandrecht, nicht die Forderung verpfänden, — auch das will ich nicht hervorheben, daß diese Ansicht das Verhältniß zwischen Pfandrecht und Forderungsrecht geradezu umkehrt, denn jenes, nicht dieses ist das accessorium, und es heißt nur: accessorium sequitur principale, nicht auch umgekehrt. Man liefe Gefahr, daß Einem dabei, wie das Schmid a. a. O. z. B. thut, Spitzfindigkeiten vorgeworfen würden. Auch das Unlogische der gegnerischen Deduction, daß, weil das von den Partheien gewollte Rechtsgeschäft, nämlich Verpfändung eines bloßen Pfandrechts, ohne Wirkung und Sinn

1) Cession, 3. Aufl. S. 337 ff.
2) Streitfr. S. 39 ff. Pfandrecht S. 171 ff.
3) Archiv f. civ. Praxis, Bd. 14. S. 162.
4) Civ. Versuche von Fuhr und Hoffmann, Abth. 1. S. 72 ff.
5) De pignore nominis. S. 26 ff.
6) Pandekten 7. Aufl. I. S. 815 u. 816.
7) Pfandrecht I. S. 477 ff.
8) Grundlehren der Cession I. S. 145 ff.
9) de pignore nominis S. 26 ff. Später, Zeitschr. f. Civilr. und Proceß, Bd. 20. S. 222.
10) de nominis pignore S. 40 ff.
11) Arch. f. civ. Praxis, Bd. 13. S. 372 ff. Ebendas. Bd. 15. S. 86. 87.
12) Das Verpfändungsrecht d. Pfandgläubigers, S. 19 ff.
13) Erört. I. S. 402 ff.
14) Pandekten §. 208 Note q; Vorles. 4. Aufl. I. S. 437.
15) Pandekten §. 382.
16) Pandekten §. 82 S. 323 ff.
17) Pandekten I. §. 239 Note 16.

sein würde, ein anderes Rechtsgeschäft substituirt werden müsse, soll außer Acht gelassen werden. Das Hauptargument gegen die gegnerische Ansicht liegt in der Behauptung selbst, die sie aufstellt, in den Folgerungen, die mit derselben gesetzt sind. Ist nämlich die Verpfändung eines Pfandrechts nur eine besondere Form des Willensausdrucks für die Verpfändung einer Forderung, so wird es eben keine Verpfändung eines Pfandrechts als besonderes Rechtsgeschäft, sondern allein eine Verpfändung einer Forderung geben, die nur in verschiedener Weise herbeigeführt werden kann. Man wird ebensowenig neben der Forderungsverpfändung von einer Afterverpfändung zu sprechen haben, wie man von der Verpfändung eines Schuldscheins als besonderem Rechtsgeschäft neben der Verpfändung einer Forderung sprechen kann. Man müßte denn für jede Art des Willensausdrucks, vermöge dessen ein Forderungspfand constituirt werden kann, ein besonderes Rechtsgeschäft statuiren. Dazu kommt, daß das Recht, welches dem Forderungspfandgläubiger in Betreff desjenigen Pfandrechts zusteht, welches für die ihm verpfändete Forderung bestellt ist, durchaus anderer Natur ist als das Pfandrecht am Pfandrecht, ein Satz, der im §. IV. bewiesen werden wird. Daraus folgt, daß es nach der gegnerischen Ansicht weder ein besonderes Rechtsgeschäft der Afterverpfändung, noch überhaupt ein Recht geben würde, welches den Bestimmungen der Quellen über das Afterpfandrecht entspräche. Diese Consequenz widerlegt die bekämpfte Behauptung vollständig, denn die Quellen behandeln die Afterverpfändung ganz unzweifelhaft als ein besonderes Rechtsgeschäft, und normiren die Rechte des Afterpfandgläubigers auf eine nur dem Afterpfandrecht eigenthümliche Weise. Ein besonderer Titel des Codex handelt von der Afterverpfändung[1]) und mehrere Stellen der Digesten besprechen speciell den Fall, si pignus creditor pignori dederit.[2])

Dem entsprechend ist denn auch weiter, daß die Conse-

1) Tit. C. si pignus pignori datum sit (8, 24).

2) l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7). l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1). l. 14 §. 3 D. de div. praescr. (44, 3). Vgl. auch Trotsche a. a. O. S. 10 Note 11.

quenzen der gegnerischen Ansicht jeder quellenmäßigen Bestätigung entbehren.

So wird in den Quellen nirgends von einer Klage geredet, die dem Afterpfandgläubiger gegen den ersten Schuldner (den Schuldner des Verpfänders) zustehe.[1]) Und doch müßte dies entschieden der Fall sein, falls die Forderung mitverpfändet wäre.

Ferner müßte dem Afterpfandgläubiger unter dieser Voraussetzung das Recht zustehen, durch Denunciation an den Schuldner des Verpfänders zu verhindern, daß dieser durch Zahlung an seinen Gläubiger die Forderung tilge.[2]) Von einem solchen Recht des Afterpfandgläubigers ist in den Quellen aber nirgends die Rede. Im Gegentheil wird in allen Stellen, die vom Afterpfandrecht handeln, mit einer einzigen Ausnahme, vorausgesetzt, daß der erste Schuldner an seinen, also den ersten Gläubiger, Zahlung leiste.

Am deutlichsten ist dies in der l. 14 §. 3 D. de div. praescr. (44, 3) ausgesprochen, wo es heißt:

> Et si mihi pignori dederis, et ego eandem rem alii pignoravi, meus creditor utetur accessione tui temporis — — quamdiu pecuniam mihi non exsolveris — —: sed si pecuniam mihi solveris, hoc casu accessione tua non utetur.[3])

Diese Stelle bedarf keines Commentars. Sie sagt deutlich genug, daß Zahlung des ersten Schuldners an seinen Gläubiger ihn völlig liberirt und das Afterpfandrecht vernichtet. Daß dies der normale Fall sei, geht schon daraus hervor, daß der Jurist der anderen Eventualität, daß der Schuldner nämlich an den Afterpfandgläubiger zahlt, gar nicht gedenkt.

Nicht so bestimmt reden die anderen Stellen; doch läßt

---

1) Vgl. Trotsche a. a. O. S. 20 ff. Hepp a. a. O. Bd. 13. S. 374 ff.

2) L. 4 C. quae res pignori (8, 17).

3) Vgl. zu dieser Stelle Trotsche a. a. O. S. 21. Dernburg, Pfandrecht II. S. 62. Was Sintenis, Streitfr. S. 44 hiergegen vorbringt, hat nicht einmal den Schein einer Widerlegung. Ebenso Mühlenbruch a. a. O. S. 342 Note 218.

sich auch hier nachweisen, daß sie denselben Fall vor Augen haben. So heißt es in

l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7):

— domino solvente pecuniam, quam debuit — —

l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1):

— Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur.

l. 1 C. si pign. pignori (8, 24):

— Quodsi — fuit vestro creditori — ipsa possessio pignorata, et ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit, non posse venditionem post soluta pecunia rescindi, — —

l. 2 C. eod.:

— — soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur —

Beweisend ist hier zunächst schon, daß nicht besonders hervorgehoben wird, daß der Schuldner einem Anderen als seinem Gläubiger gezahlt habe. Die Zahlung an den Gläubiger erscheint als das Naturgemäße; meinten die Quellen diesen Fall, so ist es erklärlich, daß sie die Bezeichnung des Subjects, dem die Zahlung geleistet sein solle, für überflüssig hielten.

Ein besonderes Gewicht ist aber auf den in allen diesen Stellen gleichmäßig wiederkehrenden Ausdruck solvere pecuniam zu legen. Eine wirkliche solutio liegt nur da vor, wo der Schuldner an seinen wirklichen Gläubiger das diesem geschuldete Object leistet. So unterscheidet die l. 4 C. quae res pignori (8, 17) die von dem Schuldner an seinen wirklichen Gläubiger geschehene solutio von der satisfactio, d. h. von der Leistung, die er an den an der Forderung Pfandberechtigten vornimmt. Hier genügt er nur einem Recht, das dem Pfandgläubiger auf Geltendmachung der Forderung zusteht, dort geht genau diejenige Leistung vor sich, auf welche die Obligation von Anfang an gerichtet war. Die Worte der Stelle sind:

— ille, cujus nomen tibi pignori datum est (nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione

tua factus) utilibus actionibus satis tibi facere — compelletur.

Dasselbe beweist eine Stelle aus Marcian's liber singularis ad formulam hypothecariam,

l. 49 D. de solut. (46, 3):

Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si jussu ejus alii solvitur, vel creditori ejus vel futuro debitori — absolvi debet.

Die Zahlung an einen Dritten ist also eigentlich (naturaliter) keine solutio, sondern nur unter gewissen Bedingungen von gleicher Wirkung: absolvi debet.[1])

Das bisher Gesagte wird noch deutlicher werden, wenn wir mit diesen Quellenzeugnissen die andere Stelle vergleichen, welche von der Zahlung des ersten Schuldners an den Afterpfandgläubiger redet. Es ist dies die l. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7). Der Jurist Ulpian erläutert in dieser Stelle die Voraussetzungen der actio pignoratitia directa des Pfandschuldners gegen den Faustpfandgläubiger auf Restitution des diesem hingegebenen Faustpfandes. Voraussetzung der Klage war nach dem Edictum perpetuum: solutam esse pecuniam.[2]) Die Interpretation dieser Worte ist es, die ihn hier beschäftigt. So beginnt die l. cit. mit den Worten:

Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit — —

Die folgenden §§. handeln von der Wirkung der Novation, Acceptilation, Deficienz der Bedingung, pactum de non petendo u. s. w., also von Aufhebungsgründen der Obligation, die theils ipso jure wirken, wie die solutio, theils ope exceptionis, aber

1) Vgl. l. 8 D. quod cujusque univ. nom. (3, 4): per actiones debitorum civitatis agentibus satisfieri oportet. l. 9 C. quae res pign. (8, 17): — per earum (sc. rerum) exactionem satisfieri tibi promitto. — Petri exceptt. II, 40.

2) l. 3 C. de luit. pign. (8, 31): — Edicto perpetuo actione proposita, pecunia soluta creditori, vel si per eum factum sit, quominus solveretur, ad reddenda ea, quae pignori acceperat, jure eum satis evidenter urgeri — — Vgl. Schmid, Cession I. S. 77.

alle die Voraussetzung des Edicts: solutam esse pecuniam, erfüllen sollen. Dann heißt es in §. 5 cit. weiter:

> Solutam autem pecuniam, accipiendum, non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate ejus — —

Zahlung an einen Dritten, unter Zustimmung des Gläubigers, soll also ebensowohl die Voraussetzungen der actio pigneratitia erfüllen, wie sie umgekehrt nach der l. 49 cit. die actio hypothecaria des Pfandgläubigers vernichtet. Wohl zu beachten ist, daß der Jurist gar nicht irgend welche rechtliche Beziehung zwischen dem Schuldner und dem Dritten, an den voluntate creditoris gezahlt wird, voraussetzt. Erst von dieser Bemerkung aus schreitet er nun zu dem Satze fort, daß demnach auch der erste Schuldner an den Afterpfandgläubiger mit dieser Wirkung zahlen könne[1]):

> Unde, si domum conduxeris, et ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneratitia adversus te potero experiri.

Der einzige Grund, den der Jurist für die Befreiung des an den Afterpfandgläubiger zahlenden Schuldners hervorhebt, ist also, daß er voluntate creditoris an diesen gezahlt habe; zur Bestätigung dieses Satzes meint er sich noch auf eine Autorität berufen zu müssen:

> nam Julianus scribit, solvi ei posse.

Mit Julian stellt er also die Zahlung von Seiten des Schuldners an den Afterpfandgläubiger in dessen freies Belieben, und bemerkt demnach sogleich, daß er mit derselben Wirkung auch zum Theil an diesen, zum Theil an seinen wirklichen Gläubiger zahlen könne:

> et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum.[2])

---

1) Daß diese Stelle wirklich vom Afterpfandrecht handelt, wird unten bewiesen werden.

2) Wie man sich gerade auf den Gedankengang dieser Stelle berufen kann, wie das Schmid a. a. O. S. 154 thut, um zu beweisen, daß bei Afterverpfändung die Forderung mitverpfändet werde, scheint unbegreiflich.

Diese ausführliche Begründung des Satzes, daß der erste Schuldner auch durch Zahlung an den Afterpfandgläubiger sein Pfand befreie, bestätigt um so mehr, daß, wenn in den oben angeführten Stellen kurzweg vom Untergang des Pfandrechts domino solvente, quodsi dominus solverit pecuniam, die Rede war, dort der normale Fall, daß der Schuldner nämlich an seinen wirklichen Gläubiger zahle, vorausgesetzt wurde.

Der erste Schuldner tritt also durch die Afterverpfändung in gar kein Rechtsverhältniß zu dem Afterpfandgläubiger. Er kann, wie vorher, an seinen Gläubiger zahlen; ob er an den Afterpfandgläubiger zahlen will, bleibt völlig auf seinen Willen gestellt. Die Forderung ist also durch die Afterverpfändung nicht mit verpfändet, der Afterpfandgläubiger erhält keine Klage gegen den Schuldner seines Schuldners.

Die Beweiskraft der bisher aufgestellten Argumente kann auch durch die Ausführungen der Gegner nicht erschüttert werden.

Ein Hauptgrund, den sie ihrerseits anführen, ist der schon oben widerlegte, daß nämlich das Pfandrecht untrennbares Zubehör derjenigen Forderung sei, für die es bestellt ist, daß es allein gar keine Sicherheit zu geben vermöge, daß unsere Ansicht darum gegen die Bedürfnisse des praktischen Lebens verstoße.[1])

Hiegegen ist außer dem schon oben Erwähnten, nämlich daß Verpfändung keine Abtretung des Pfandrechts, also keine Trennung des Pfandrechts von seiner Forderung sei, und daß geringe Sicherung durch das verpfändete Object eine Verpfändung desselben nicht ausschließe, besonders noch hervorzuheben, daß der Schluß durchaus nicht folgerichtig ist: weil das verpfändete Object allein noch keine genügende Sicherheit gewähre, müsse noch ein anderes Object mitverpfändet sein. Es frägt sich noch, ob die römische Jurisprudenz dem allerdings nicht zu läugnenden praktischen Bedürfniß nicht auf eine an-

---

Wird doch hier mit den klarsten Worten dem Schuldner ganz freie Hand gelassen, ob er an den Afterpfandgläubiger zahlen will, oder nicht.

1) Dieser Grund findet sich bei allen oben für diese Ansicht citirten Schriftstellern; vgl. namentlich Dernburg a. a. O. S. 472 ff. Schmid a. a. O. S. 145 ff.

dere, aber auf einfacher juristischer Consequenz beruhende Weise entgegengekommen sei. Daß dem wirklich so ist, werden wir unten sehen.

Das zweite und letzte Argument, auf das sich ebenfalls alle unsere Gegner berufen, ist die l. 13 §. 2 D. de pignoribus (20, 1). Der Jurist Marcian entscheidet hier eine bei der Lehre vom Afterpfandrecht von ihm aufgeworfene Frage nach Analogie einer Entscheidung des Pomponius, die dieser für den Fall der Verpfändung eines nomen gegeben. Man meint: „Soll diese Entscheidung schlüssig sein, so muß die bei der Antwort bestimmt hervorgehobene Voraussetzung, daß dem Afterpfandgläubiger auch das nomen verpfändet worden, stillschweigend schon bei der Frage im Sinne gelegen haben. Es muß für genügend erachtet sein, von der Verpfändung der res pignorata zu sprechen, um dessenungeachtet die Vorstellung einer gleichzeitigen Verpfändung des nomen hervorzurufen". [1]) Und, ohne diese Voraussetzung fehle es der Demonstration Marcian's „an aller und jeder gehörigen Verbindung der Gedanken"[2]), u. s. w.

Dies Argument wird also zusammenfallen, wenn wir auch ohne diese Annahme die l. 13 §. 2 „schlüssig" finden können, und „gehörige Verbindung der Gedanken" nicht vermissen. Dieser Beweis wird unten geführt werden, wo wir geeigneten Orts unsere Erklärung der l. 13 §. 2 cit. geben werden. Andere Argumente, die Schmid S. 155. 156 noch vorbringt, sind von durchaus untergeordneter Bedeutung. Einzelne von den römischen Juristen behandelte Fragen sollen nämlich nur unter der Voraussetzung schwierig und zweifelhaft sein können, wenn man bei der Afterverpfändung die Forderung für mitverpfändet hält. Mit solchen Argumenten sieht es stets sehr mißlich aus, namentlich hier, wo so bestimmte Beweise dagegen sprechen.

Das Resultat der bisherigen Ausführungen ist also: das Afterpfandrecht ist ein Pfandrecht an einem Pfandrecht, nicht

---

1) Schmid a. a. O. S. 146.
2) Mühlenbruch a. a. O. S. 348.

an dem dem Afterverpfänder verpfändeten Object, nicht an der Forderung, die dem Afterverpfänder ex contractu pignoratitio gegen seinen Schuldner entspringt, nicht zugleich ein Pfandrecht an der Forderung, für die das verpfändete Pfandrecht bestellt war.

Versuchen wir nun, von diesem Satz aus, Natur und Begriff des Afterpfandrechts zu entwickeln, so kommen wir auch mit den Schriftstellern, die an sich dies Dogma mit uns aufstellen [1]), in Widerspruch.

Die von den Meisten vertheidigte Meinung ist nämlich, die Verpfändung des Pfandrechts enthalte eine (bedingte) Cession desselben, genauer ausgedrückt, der actio hypothecaria. [2]) Diese Ansicht ist übrigens eben so alt wie die Lehre, die wir behandeln. Alle älteren Schriftsteller, mochten sie die Sache oder das Recht für afterverpfändet halten, waren doch darin einig, daß Afterverpfändung immer Uebertragung des ersten Pfandrechts sei, vgl. die in der Einleitung cit. älteren Schriftsteller. Als Vertreter Aller mag nur Einer mit seiner Ansicht hier hervorgehoben werden. Bei Carpzow heißt es nämlich in seiner jurispr. forens. l. cit. n. 8. — per ejusmodi oppignorationem pignoris ab alio sibi constituti nil amplius in effectu

---

1) Diese Schriftsteller sind unter der großen Zahl, die unser Thema behandelt haben, nur Huschke, de pignore nominis S. 26 ff. (in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. a. a. O. weicht er schon wieder von unserer Ansicht ab, indem er das Object des ersten Pfandrechts dem Afterpfandgläubiger für unmittelbar verpfändet hält), Gaupp, l. cit., Hepp in seinem ersten Aufsatz im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 13. a. a. O.; Bd. 15. a. a. O. vertheidigt er schon eine andere Ansicht (s. ob.), Puchta, Arndts und Windscheid a. a. O. Doch sind neben diesen noch die anderen Schriftsteller zu berücksichtigen, die bei dem Afterpfand neben der Forderung auch das Pfandrecht verpfändet sein lassen. So Mühlenbruch, Sintenis, v. Löhr, Buchka und Schmid a. a. O.

2) Huschke l. cit. S. 26. Mühlenbruch a. a. O. S. 338. 454. Hepp a. a. O. Bd. 13 S. 352. Puchta, Arndts a. a. O. Windscheid a. a. O. §. 239 Note 13. Wahrscheinlich ist auch Gaupp l. cit. dieser Ansicht, wie er denn auch in Betreff der Verpfändung von Forderungsrechten mit Mühlenbruch übereinstimmt; doch spricht er sich nicht näher darüber aus. Ebenso v. Löhr a. a. O.

agit creditor, quam quod jus suum, in re immobili sibi constitutum, alteri cedat.

Faßt man aber das subpignus, wie das namentlich bei Puchta[1]) deutlich ausgesprochen ist, als eine bedingte Cession der actio hypothecaria, so würde im Moment der Afterverpfändung noch gar kein Recht für den Afterpfandgläubiger begründet werden; die Wirkungen der Afterverpfändung treten aber sofort, intensiv sowohl wie extensiv, ein,

l. 13 §. 2 D. de pignor. (20, 1):

Quum pignori rem pignoratam accipi posse, placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est.

Dazu kommt, daß die actio hypothecaria, die dem Afterpfandgläubiger cedirt sein soll, den Inhalt des verpfändeten Pfandrechts bei Weitem nicht erschöpft. Die act. hyp. macht, wie oben schon bemerkt ist, nur das Herrschaftsrecht geltend, das dem Pfandgläubiger über das ihm verpfändete Object zusteht, also die formelle, äußerliche Seite des Pfandrechts. Es fehlt den Gegnern, von diesem Gesichtspunkt aus, jedes Mittel, um das Recht des Afterpfandgläubigers, das Object des ihm verpfändeten Pfandrechts zu veräußern, juristisch zu begründen. Das Afterpfandrecht macht sich ebenso wie jedes andere Pfandrecht mit der actio hypothecaria nur nach außen hin geltend; sein wahrer Inhalt liegt tiefer und deckt sich nicht mit dem Inhalt dieser Klage.

Ferner ist zu bemerken, daß Verpfändung einer Sache weder sofortige noch eventuelle Uebertragung des Eigenthums derselben, Verpfändung von Servituten, Superficies, Emphyteuse u. s. w. weder sofortige noch eventuelle Uebertragung dieses Rechts involvirt; die Verpfändung ist im Gegentheil stets ein Geschäft von selbstständigem Charakter, ein eigenthümliches Recht, das Pfandrecht ins Leben rufend, dessen besondere Natur wir oben kennen gelernt haben. Das Afterpfandrecht erscheint nun nach

1) Vorles. I. S. 436.

der Darstellung der Quellen als Fortbildung des Pfandrechts durch Ausdehnung desselben auf ein neues Object,

l. 13 §. 2. cit.:

Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, — —

l. 1 C. si pignus pignori (8, 24);

Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, jamdudum placuit. —

Die Ansicht der Gegner würde aber dem Pfandrecht am Pfandrecht seinen eigenthümlichen Charakter nehmen. Bestände die Afterverpfändung in Uebertragung des verpfändeten Pfandrechts auf den Pfandnehmer, so würde dieser ja kein Pfandrecht am Pfandrecht, sondern unmittelbar dasjenige Pfandrecht, welches Object der Afterverpfändung ist, selbst haben. Es würde also mit der Afterverpfändung nicht, wie es doch allgemein von allen diesen Schriftstellern angenommen wird, ein Pfandrecht an einem Pfandrecht geschaffen werden können, sondern nur die Möglichkeit gegeben sein, ein Pfandrecht auf einen Andern selbstständig zu übertragen.

Endlich ist nicht einzusehen, warum denn gerade nur beim Afterpfandrecht die demselben entspringende Klage eine cedirte sein sollte. Wie hier der Verpfänder die actio hypothecaria, der Pfandnehmer die actio utilis hyp., so hat z. B. auch bei Verpfändung eines Usufructs der Pfandnehmer die Klage des Verpfänders als utilis, ebenso überhaupt bei jeder Verpfändung von Rechten. Und doch wird Niemand alle diese Klagen als dem Pfandgläubiger cedirt erachten; die actio utilis ist eben nur der Ausdruck der Macht, die dem Pfandgläubiger in Folge seines Pfandrechts, als Inhalt seines Pfandrechts, über das verpfändete Recht zusteht. Mit der Constituirung des Pfandrechts entsteht diese utilis actio, in dem Pfandrecht als solchem ist sie enthalten; nicht etwa ist sie Ausfluß einer wirklichen oder fingirten Cession, die der Pfandbesteller vorgenommen hätte. Sonst würde man z. B. zu der eigenthümlichen Consequenz kommen, daß der Eigenthümer, falls er eine Servitut an seinem

Grundstück verpfändete, eine Klage cedirte, die er selbst gar nicht hatte.

Ruht nun andererseits bei der Verpfändung aller übrigen dinglichen Rechte die actio utilis, wie auch allgemein angenommen wird, nicht auf einer Cession, so ist wieder kein Grund vorhanden, weshalb dies bei der Verpfändung eines Pfandrechts der Fall sein solle, das doch regelmäßig ebenfalls in dinglicher Form erscheint.

Von Seiten der Gegner wird denn auch kein weiterer Grund angeführt, man erklärt einfach diese Auffassung für die „allein juristisch mögliche.“[1]) Ob dem so sei, wird sich sofort zeigen.

Sintenis[2]) meint allerdings, daß Verpfändung eines Pfandrechts keine Cession sei; doch bringt uns seine eigene von ihm positiv aufgestellte Ansicht nicht weiter. Es sei „ein durch„aus eigenthümliches Geschäft und Uebergang eines Rechts vor„handen, welches in der Zulässigkeit des erstern und seiner An„erkennung in den Gesetzen selbst seinen Grund, und in den„selben, als einem jüngern, lediglich auf Analogie beruhenden „Institut seine Erklärung findet, wenn es befremden sollte, daß „es nicht unter den allgemeinen doctrinellen Gesichtspunkt der „Cession gebracht werden kann.“

Sintenis giebt uns hiemit gar keinen Gesichtspunkt für die Auffassung des Pfandrechts am Pfandrecht.

Buchka a. a. O. weicht allerdings, wie oben schon bemerkt wurde, in Betreff der Verpfändung von Forderungsrechten von der Meinung ab, daß diese eine Cession des Forderungsrechts enthalte; doch unterläßt er eine Anwendung seiner Ansicht auf die Natur des Afterpfandrechts.

Schmid a. a. O.[3]) erklärt sich auch hier, und mit Recht, gegen die Ansicht, daß die actio utilis hypothecaria des Afterpfandgläubigers eine ihm von dem Verpfänder cedirte Klage sei; doch kann ich der Ansicht, die er seinerseits aufstellt, nicht

1) Puchta a. a. O.
2) Streitfr. S. 37. 38. Pfandrecht S. 170. 171.
3) Vgl. namentlich S. 157 ff.

beitreten. Schon oben habe ich zu beweisen gesucht, daß seine Ansicht, das Pfandrecht begründe „eine pfandrechtliche Succes„sion in das betreffende Recht des Verpfänders" unrichtig sei. In der Consequenz, die er hier für das Wesen des Pfandrechts am Pfandrecht ziehen muß, zeigt sich das Ungenügende derselben noch deutlicher. Es heißt bei ihm [1]), das Afterpfandrecht entstehe, „indem der Gläubiger ein zur Sicherung einer persön„lichen Forderung ihm bestelltes Pfandrecht dergestalt innerlich „zertheilt, daß er den zur Sicherung einer zweiten persönlichen „Forderung geeigneten Bestandtheil auf einen neuen Pfandgläu„biger überträgt und nur den Ueberrest als eigentlichen nach „Wiederergänzung strebenden Kern im eignen Vermögen zurück„behält. Es greift eine doppelte pfandrechtliche Succession „Platz, einmal des ersten Pfandgläubigers in das Recht des „Verpfänders, sodann des zweiten Pfandgläubigers in das Recht „des ersten Pfandgläubigers — —. Das verpfändete Recht ist „gleichsam nach Wurzel, Stamm und Zweigen unter die Vermögen „des ersten Verpfänders, des ersten Pfandgläubigers und des zweiten „Pfandgläubigers vertheilt, bis sich nach Beseitigung des zweiten „Pfandgläubigers Zweige und Stamm beim ersten Pfandgläu„biger und nach Beseitigung auch des ersten Pfandgläubigers „alle Bestandtheile bei dem ersten Verpfänder wieder ver„einigen."

Das Künstliche dieser Auffassung springt leicht in die Augen, namentlich wenn man das vorher[2]) von demselben Schriftsteller über den Begriff des Pfandrechts im Allgemeinen Gesagte hinzunimmt, daß nämlich durch die „pfandrechtliche Succession" immer nur „der zur Sicherung einer Forderung geeignete Theil" des verpfändeten Rechts „vom Auctor auf den Nach„folger übergeht, der Rest aber, als eigentlicher Kern mit „dem Triebe, das Getrennte wieder an sich zu ziehen, „im Vermögen des Auctor zurückbleibt." Wenn demnach schon das verpfändete Pfandrecht von dem ihm unterliegenden

---

1) S. 141. 142.
2) S. 97.

Recht nur denjenigen Theil in sich aufnimmt, der zur Sicherung einer Forderung tauglich ist, so ist schwer zu ersehen, wie von dem Inhalt des seinerseits verpfändeten Pfandrechts noch ein „Kern", oder „Stamm", oder überhaupt noch Etwas übrig bleiben soll, falls ein anderes Pfandrecht wieder von seinem Inhalt denjenigen Theil in sich aufnimmt, der zur Sicherung einer anderen Forderung dienen kann. Das Gleichniß, daß das verpfändete Recht sich nach Wurzel, Stamm und Zweigen unter die verschiedenen Interessenten vertheile, ist und bleibt nur ein Gleichniß, und vermag eine juristische Vorstellung nicht abzugeben.

Auch besteht nach Schmid's Ansicht[1]) das Pfandrecht lediglich in der actio hypothecaria, Afterverpfändung ist nach ihm darum auch eigentlich nur eine „Verpfändung der Pfandklage"[2]), oder, mit ihm, das Afterpfandrecht nur eine eigenthümliche Succession in die act. hyp. des Verpfänders. Das Veräußerungsrecht des Afterpfandgläubigers, das wichtigste der ihm zustehenden Befugnisse, bleibt demnach auch von seinem Standpunkt aus juristisch unbegründet.

Die ganze Theorie Schmid's fällt endlich als Consequenz seiner eigenthümlichen oben schon widerlegten Ansicht vom Wesen des Pfandrechts zusammen.

Jetzt erst können wir zu der Darstellung unserer eigenen Ansicht vom Wesen des Afterpfandrechts schreiten. Der Kern derselben wird durch den Gegensatz gegen die bisher bekämpften Anschauungen noch bestimmter und deutlicher hervortreten.

Das Pfandrecht wirkt seiner Form nach unmittelbare Unterwerfung seines Objects. Ist dies Object ein Recht, so unterliegt dasselbe seinem vollen Inhalt nach dem Willen des Pfandberechtigten. Diese Sätze, deren Richtigkeit im §. II. erprobt ist, finden auch für das Pfandrecht am Pfandrecht Anwendung. Das Afterpfandrecht macht sich den völligen Inhalt des ihm unterliegenden Pfandrechts, formeller sowohl wie materieller Art,

1) A. a. O. S. 94.
2) Vgl. S. 141.

unterthan. Das Herrschaftsrecht, das Verkaufsrecht, welches dem ersten Pfandgläubiger in Folge seines Pfandrechts zustand, erwächst dem Afterpfandgläubiger jetzt aus seinem Afterpfandrecht.[1]) Er hat das Recht, die dem Afterverpfänder verpfändete Sache zu besitzen, er hat ebenso wie der erste Pfandgläubiger die actio in rem hypothecaria. Aber, und das ist wohl zu bemerken, er hat alle diese Befugnisse nicht weil er ein Pfandrecht an dieser Sache hätte, sondern nur in Folge seines Pfandrechts am Pfandrecht. Das Verhältniß ist genau dasselbe, nur etwas schwieriger zu erkennen, wie bei dem gewöhnlichen Sachenpfandrecht und bei dem Pfandrecht an andern Rechten. Der Sachenpfandgläubiger hat das Recht, die Sache zu besitzen, sie zu vindiciren, sie zu verkaufen, nicht als ob er Eigenthümer der Sache wäre, sondern lediglich in Folge seines ihm an derselben constituirten Pfandrechts. Derjenige, dem ein Nießbrauchsrecht verpfändet ist, hat das jus utendi fruendi, die actio confessoria, nicht weil der Nießbrauch in seinem Vermögen stände, sondern lediglich als Ausdruck seines Pfandrechts am Usufructus, u. s. w. Ebenso hier. Wohl hat der Afterpfandgläubiger die actio in rem hypothecaria, das Verkaufsrecht u. s. w., aber nicht, als ob die Sache selbst ihm verpfändet wäre, sondern lediglich, weil ein Pfandrecht, welches alle jene Befugnisse in sich schließt, ihm durch sein Afterpfandrecht unmittelbar unterworfen ist. So ist denn auch die actio hypothecaria des Afterpfandgläubigers ebensowohl wie die actio confessoria dessen, dem ein Usufructus verpfändet ist, wie die rei vindicatio des Sachpfandgläubigers eine actio utilis. Dieser Ausdruck bedeutet hier ebenso wie dort, daß die angestellte Klage nur Ausfluß eines Pfandrechts an dem geltend gemachten Recht, an der eingeklagten Sache ist, daß Recht sowohl wie Sache in dem Vermögen des Klägers sich nicht befinden. Noch deutlicher wird dies für das Sachenpfandrecht durch den andern Namen: actio in rem hypothecaria, den die Klage des Sachpfandgläubigers auch führt.

---

1) Die nähere Betrachtung und Begründung der Rechte des Afterpfandgläubigers wird später erfolgen.

Ebenso hätten die Römer für den Nießbrauchspfandgläubiger auch von einer hypothecaria confessoria, für den Forderungspfandgläubiger von einer hypothecaria in personam, für den Afterpfandgläubiger, falls nicht die Gesetze des Wohlklangs widerstrebt hätten, von einer hypothecaria hypothecaria actio sprechen können.

Andererseits soll die Form des unterworfenen Objects bestimmen, ob das Pfandrecht in dinglicher oder persönlicher Form wirkt, denn das Pfandrecht als solches ist weder an die eine, noch an die andere Form gebunden. Dies giebt die Consequenz, daß auch das Pfandrecht am Pfandrecht, also das Afterpfandrecht als solches noch keine bestimmte Form hat. Dingliche oder persönliche Form des Afterpfandrechts wird sich nach dem Object bestimmen, das dem verpfändeten Pfandrecht unterliegt. Das Afterpfandrecht hat also eben so viele Formen, wie sie das Pfandrecht überhaupt haben kann, es wird in seinen Wirkungen nach außen verschieden sein, je nachdem das verpfändete Pfandrecht ein Sachenpfandrecht oder ein Pfandrecht an Rechten ist, und zwar an dinglichen oder an persönlichen Rechten. Wir werden darum später in der Lehre von den Wirkungen des Afterpfandrechts diese verschiedenen Formen desselben unterscheiden müssen.[1]) In den Quellen finden sich nähere Bestimmungen nur über das Pfandrecht am Sachenpfandrecht; für die Darstellung der anderen Arten des Afterpfandrechts sind wir also rein auf die juristische Consequenz angewiesen. Hier wird die oben gegebene Darstellung von den Wirkungen des Pfandrechts, falls ihm Rechte der verschiedensten Art unterworfen sind, von unmittelbarer Wichtigkeit.

---

1) Demnach ist es allerdings nicht genau, wenn man, wie gewöhnlich, von der Afterverpfändung bei Gelegenheit der Verpfändung der jura in re spricht, nur aus einem andern Grunde, als dem von Hepp, Archiv, Bd. 15. S. 88 angeführten. Trotsche meint a. a. O. S. 1 Note 2, man könne von unserer Ansicht aus nicht „auf die Unterscheidung der subpignoratio rerum corporalium und nominum kommen." Das im Text Gesagte beweist das Gegentheil; ebenso ist dadurch auch die Bemerkung von Brinz, Pandekten I. S. 326 widerlegt.

Der Inhalt des Afterpfandrechts muß hier wegen der Eigenthümlichkeit seines Gegenstandes sich besonders gestalten. Jedes Pfandrecht besteht seinem Wesen nach in dem Recht auf den Vermögenswerth seines Objects; das Pfandrecht am Pfandrecht wird also das Recht auf den Vermögenswerth eines Pfandrechts, d. h. also eines Rechtes auf den Vermögenswerth eines Objects sein. Das Afterpfandrecht ist also seinem Wesen nach dem Forderungspfandrecht völlig gleichgeartet. Wichtige Consequenzen dieses Umstandes werden sich später zeigen; hier werden wir sehen, wie der Inhalt des Afterpfandrechts sich ganz auf dieselbe Weise geltend macht, wie der des Forderungspfandrechts. In den Fällen, wo dingliche Rechte verpfändet waren, war der Inhalt des Pfandrechts dem Inhalt der verpfändeten Rechte wesentlich fremd. Der Usufructuar, der Emphyteuta, Superficiar hätten allerdings ihr Recht veräußern und damit an Stelle ihres Rechts den Vermögenswerth desselben setzen können; doch war eine solche Veräußerungsbefugniß nicht Inhalt ihres Rechts, sondern nur Consequenz des Umstandes, daß sie über das in ihrem Vermögen stehende Object beliebig disponiren konnten. Ebensowohl hätten sie das ihnen zustehende Recht beliebig schenkungsweise übertragen oder vernichten können. So wenig wie hier durch eine solche Handlung, hätten sie dort durch die Veräußerung ein besonderes Recht ausgeübt. Zu diesen Rechten tritt das Pfandrecht mit einem durchaus verschiedenen Inhalt ausgerüstet hinzu. Seinen wesentlichsten Inhalt, sein Streben nach dem Vermögenswerth seines Objects, kann es durch bloße Ausübung dieser Rechte nicht befriedigen, ebensowenig wie beim Sachenpfandrecht durch bloßen Besitz der Sache. Das Pfandrecht bedarf hier eines besondern Mittels, um seinen Zweck zu erreichen; es findet dies in dem Verkaufsrecht, welches es aus seinem eigenen Inhalt heraus selbstständig producirt. Anders bei dem Forderungsrecht und dem Pfandrecht. Diese Rechte selbst sind auf einen Vermögenswerth gerichtet; in ihrer eigenen Ausübung setzen sie ihren Vermögenswerth aus sich heraus. Das Pfandrecht bedarf hier darum keines besonderen Mittels, um seinen Zweck zu erreichen; es findet dies Mittel

schon vor in dem Object selbst, das ihm unterliegt. Es braucht aus seinem eigenen Inhalt heraus nicht mehr selbstständig schöpferisch zu sein; es genügt ihm hier, die Kräfte des ihm unterworfenen Rechts zu seinen Zwecken zu verwenden. Form und Inhalt des Pfandrechts wirken hier demnach auf dieselbe Weise; in der Ausübung seiner ihm über sein Object zustehenden Herrschaft vermag es seinen Inhalt zu befriedigen.

So tritt schon bei der Verpfändung von Forderungsrechten die Befugniß des Pfandgläubigers, die Forderung zu veräußern, zurück; als zunächst liegende und normale Wirkung des Pfandrechts erscheint das Recht des Pfandgläubigers, vermöge der der Forderung entspringenden Klage den Vermögenswerth der Forderung herzustellen,

l. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7):

Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur.

Bei der Verpfändung des Pfandrechts fällt jede Möglichkeit der Veräußerung des Objects, an dem das Pfandrecht constituirt wird, hinweg. Das Mittel, welches das Pfandrecht sonst aus sich selbst nahm, um seinen Inhalt zu befriedigen, versagt ihm hier darum gänzlich, es bleibt ihm allein, sich der Mittel zu bedienen, die es in seinem Object selber vorfindet. Auch genügt ihm dies völlig. Der Proceß, vermöge dessen das verpfändete Pfandrecht in seiner eigenen vollen Ausübung und Befriedigung untergeht, steht hier völlig demjenigen gleich, der sich z. B. beim Sachenpfandrecht in dem Verkauf der Sache durch den Pfandberechtigten vollzieht. Dort wie hier scheidet das verpfändete Object aus dem Vermögen des Verpfänders aus; dort wie hier bleibt der Vermögenswerth desselben zurück, um dem an jenem Object Pfandberechtigten die Befriedigung seines Pfandrechts zu gewähren. Die Durchführung des bisher Gesagten an einem concreten Falle wird meine Meinung noch deutlicher machen. Eine Sache, die 100 werth ist, ist dem A für eine Forderung auf 75 verpfändet; er afterverpfändet dies sein

Pfandrecht an den B für eine Forderung auf 50. Das Pfandrecht des A richtet sich hier auf 3/4 des Vermögenswerthes der Sache; das Pfandrecht des B auf 2/3 des Vermögenswerthes des dem A zuständigen Pfandrechts. B verkauft die Sache. In dieser Handlung übt er das dem A an derselben zuständige Pfandrecht vermöge der Macht aus, die sein Afterpfandrecht ihm über dies Pfandrecht gewährt. Von den 100, die er für die Sache erhält, repräsentiren 75 ihm den Vermögenswerth des ihm verpfändeten Objects; von diesen 75 behält er 50 zu seiner eigenen Befriedigung zurück; die übrigen 50 hat er als hyperocha dem A zu restituiren. Der Afterpfandgläubiger übt also mit dem Verkauf der Sache nicht ein ihm an derselben zustehendes Pfandrecht, sondern sein Pfandrecht an dem Sachenpfandrecht aus, und er stellt ferner durch denselben für sich genau genommen nicht so sehr den Vermögenswerth der Sache, als vielmehr den Vermögenswerth des ihm verpfändeten Pfandrechts her. Hieraus folgt namentlich, daß er in Verwendung des Kaufpreises für seine eigene Befriedigung nie den Geldwerth überschreiten darf, auf den das verpfändete Pfandrecht sich richtet, ein Satz, den der Jurist Marcian in der l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1) mit den Worten ausdrückt:

> quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur.

Dennoch hat der Afterpfandgläubiger stets das Recht, die ganze dem verpfändeten Pfandrecht unterliegende Sache zu veräußern, weil dem verpfändeten Pfandrecht die ganze Sache, und dem Afterpfandrecht das ganze erste Pfandrecht unterliegt, obgleich das Afterpfandrecht seinem Inhalt nach sich auch hier nur auf denjenigen Theil des Vermögenswerthes seines Objects richtet, der dem Vermögenswerth der Forderung, für die das Afterpfandrecht bestellt war, gleichkommt. Auch hier hat die persönliche pignoratitia actio die Aufgabe, ausgleichend und vermittelnd einzutreten.

Die weitere Entwickelung und Begründung der aus dem hier aufgestellten Begriff des Afterpfandrechts fließenden Folgesätze wird die Aufgabe späterer Paragraphen sein.

So viel möchte nach dem Bisherigen sich gezeigt haben, daß der von uns aufgestellte Begriff des Pfandrechts in den verschiedensten Arten seiner Anwendung Probe gehalten hat. Wir haben ihn ohne irgend welche Modification durch die mannigfaltigsten Formen durchführen können, und, hoffe ich, aus demselben hie und da über manche eigenthümliche Erscheinung in der Lehre vom Pfandrecht Aufschluß erhalten. Namentlich hat er uns auch in der Begriffsbestimmung des Pfandrechts am Pfandrecht nicht im Stich gelassen, ein Punkt, an dem wir mit keiner der herrschenden Theorieen ausreichen. Setzt man den Inhalt des Pfandrechts mit Puchta, Arndts u. s. w. in das Verkaufsrecht: hier finden wir ein Pfandrecht an einem unverkäuflichen Object. Erklärt man mit Büchel das Pfandrecht für eine obligatio rei, so wissen wir schon bei der Verpfändung von Rechten überhaupt nicht auszukommen. Am wenigsten reichen wir aber mit dieser Definition für die Begriffsbestimmung des Pfandrechts am Pfandrecht aus. Ist z. B. ein Sachenpfandrecht afterverpfändet, so müßte dem ersten Pfandrecht gegenüber die Sache als persona obligata, dem Afterpfandrecht gegenüber diese obligatio rei als verpflichtete personificirte Schuldnerin gedacht werden.

So hat denn auch z. B. Windscheid[1]) schon bei Gelegenheit der Afterverpfändung von einem „Pfandrecht im weiteren Sinne" gesprochen, dessen Inhalt nicht im Verkaufsrecht aufginge, doch ohne deshalb die Definition des Pfandrechts[2]) zu ändern. Auch führt er nicht weiter aus, worin denn der Inhalt des Pfandrechts „im weiteren Sinne" bestehe. Meines Ermessens ist der Begiff des hier s. g. Pfandrechts „im weiteren Sinne" der einzige des Pfandrechts überhaupt, und nicht von dem eines Pfandrechts im engeren Sinne zu unterscheiden. Der Begriff des Pfandrechts ist stets derselbe, nur die Art seiner Anwendung bestimmt sich nach der Beschaffenheit seines Objects. —

Mit dem Bisherigen haben wir jetzt den ersten grundlegen-

1) A. a. O. §. 239 Note 14.
2) A. a. O. §. 224.

den Theil unserer Arbeit vollendet: der Begriff des Afterpfandrechts ist festgestellt. Für die Mühe und den Raum, den wir diesen Ausführungen haben widmen müssen, muß uns die Sicherheit der Grundlage, die wir für diesen Begriff, und damit für den ganzen folgenden Theil gewonnen haben, entschädigen.

Wir wenden uns jetzt zu dem besonderen Theil, in den die Lehre von Entstehung, Endigung und Wirkung des Afterpfandrechts fällt.

IV.

Entstehung des Afterpfandrechts.

Die Entstehungsgründe des Pfandrechts am Pfandrecht sind dieselben, wie für jedes andere Pfandrecht. Es liegt in der Natur des Afterpfandrechts kein Grund, hier irgendwo abzuweichen.

So auch die gemeine Meinung.

Es könnte demnach, wie es auch meistens geschieht, dieser Punkt in der Lehre vom Afterpfandrecht mit Stillschweigen übergangen werden. Nur eine Behauptung Trotsche's[1]) macht eine nähere Besprechung nothwendig. Er sucht nämlich zu beweisen, daß das Afterpfandrecht nur durch specielle Convention zu Stande kommen könne. Sein Grund für diese Ansicht fließt aus seiner eigenthümlichen Anschauung vom Wesen des Afterpfandrechts. Nach ihm soll nämlich, wie oben schon bemerkt wurde, das subpignus ein zweites von dem Afterverpfänder auf das ihm verpfändete Object gelegtes Pfandrecht sein. Von diesem Gesichtspunkt aus zieht er folgende Schlüsse: „Das Gesetz „und der Richter legt ein Pfandrecht nur auf diejenigen Sachen, „welche wirkliche Vermögenstheile des Schuldners sind, und das „pignus voluntarium generale ergreift gleichfalls bloß die bona „des Verpfänders, zu ihnen ist nun freilich das Pfandrecht, „welches derselbe an der fremden Sache hat, aber nicht diese

1) A. a. O. S. 16.

„res aliena selbst zu rechnen, und wir beschäftigen uns hier mit „der Entstehung eines Pfandrechts an der dem Schuldner nicht „gehörigen Sache durch eine Handlung desselben, durch das Ge„setz oder den Richter."

Hier stehen wir an einem Punkte, wo Trotsche seine ganze Theorie Preis giebt. Eben erst haben wir bei ihm gelesen, der Sachenpfandgläubiger könne ein Pfandrecht an der ihm verpfändeten Sache errichten, obgleich er nicht Eigenthümer sei; hier hören wir, Gesetz und Richter könnten kein subpignus an der Pfandsache begründen, weil der Pfandgläubiger nicht Eigenthümer sei. Entweder muß der letzte Grund, wie das unsere Ansicht ist, auch die Möglichkeit einer Verpfändung der Sache durch den Pfandgläubiger widerlegen, denn auch hier gilt die allgemeine Regel, daß man nur verpfänden kann, was man in bonis hat; oder es muß, wie das Trotsche's Ansicht sein müßte, die erste Ausnahme auch für den zweiten Fall Platz greifen. Beides kann unmöglich richtig sein. Denn Gesetz und Obrigkeit können nur an denjenigen, aber auch an allen denjenigen Vermögensobjecten ein Pfandrecht constituiren, in Betreff deren der, über dessen Vermögen sie verfügen, verpfändend hätte disponiren können. Dem Willen des Verpfänders werden Gesetz und obrigkeitliche Verfügung in Voraussetzung und Wirkung von den Römern durchweg gleichgestellt. Dies drücken sie damit aus, wenn sie die Legalhypothek auf eine tacita conventio zurückführen, wenn sie von dem richterlichen Pfandrecht sagen,

> l. 1 C. si in causa jud. (8, 23):
>
> — in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis.

Gesetzliches und richterliches Pfandrecht ist sogar an manche Beschränkung des Vertragspfandrechts nicht gebunden; lex und magistratuum auctoritas überwinden z. B. das Veräußerungsverbot der Pupillengüter.[1] Weshalb nun hier die Verfügungsgewalt des Gesetzes und des Richters geringere Kraft haben

---

1) Vgl. l. 2. 3 D. de reb. eor. (27, 9).

sollte, als der Wille des Verpfändenden, ist nicht zu ersehen. Trotsche's Inconsequenz hat offenbar in der Künstlichkeit seiner ganzen Anschauung ihren Grund. Die Verpfändungsbefugniß des Pfandgläubigers könnte man schon eher mit einigem Scheine durch das ihm zustehende Veräußerungsrecht begründen wollen und erklärlich finden. Wo aber Gesetz und Obrigkeit über das Vermögen Jemandes durch Bestellung eines Pfandrechts disponiren, springt die Unrichtigkeit jener Theorie in ihren Consequenzen am unmittelbarsten in die Augen; sie wollen über das Vermögen desselben verfügen, und würden doch, wenn man diese Theorie durchführen wollte, fremde Vermögensobjecte unmittelbar mit einem Pfandrecht belasten.

Ebenso ist es auch in Betreff des generellen Verpfändungsvertrags, dem Trotsche ebenfalls die Kraft abspricht, ein Afterpfandrecht in seinem Sinne zu erzeugen; dieser wirkt ebenso, wie wenn der Verpfänder Alles, was er in dem Augenblick des Vertragsabschlusses hätte verpfänden können, wirklich speciell verpfändet hätte. Folglich müßte dieser auch die Verpfändung der dem Verpfänder verpfändeten Objecte begreifen, und doch wollte der Verpfänder nur seine bona verpfänden. Dieser gegen die Intention der Partheien laufenden Consequenz konnte Trotsche nur entgehen, wenn er seiner eigenen Theorie untreu wurde.

Der einzige Grund, den er für seine Behauptungen aufstellt[1]), ist, daß die Quellen, wo sie vom Afterpfandrecht reden, nur eine Entstehung desselben durch speciellen Vertrag erwähnten. Wenn dem auch so wäre, so würde dieser Umstand doch darum sein Gewicht verlieren müssen, weil in der Anwendung des Pfandrechtsbegriffs auf das Pfandrecht am Pfandrecht die Lehre von Wirkung und Erscheinungsform dieses Pfandrechts entschieden die Hauptsache ist. Die ganze Reihe von Entstehungsgründen auch für dieses Pfandrecht hervorzuheben, mußte überflüssig erscheinen und als bekannt vorausgesetzt werden; es genügte, wenn nur keiner von denselben namentlich

1) A. a. O. S. 26 Note 33.

ausgeschlossen wurde. Uebrigens wird sich zeigen, daß, gegen Trotsche's Ansicht, dennoch in den Quellen auch von einem gesetzlichen Afterpfandrecht die Rede ist. Trotsche kommt überdies von seinem Standpunkt aus in die mißliche Lage, zugeben zu müssen, daß allerdings durch Gesetz und richterliche Verfügung ein Pfandrecht an einem Pfandrecht entstehen könne, weil das Pfandrecht ein des Pfandrechts fähiger Bestandtheil des Vermögens sei. Natürlich vermißt er für dies Pfandrecht jede gesetzliche Normirung, weil sein Afterpfandrecht, auf welches er die Stellen des Corpus juris bezieht, ganz anderer Natur sein soll.

Das Afterpfandrecht kann also, wie jedes andere Pfandrecht,

erstens durch Vertrag entstehen, und zwar entweder speciellen oder generellen. Der specielle Afterverpfändungsvertrag, dessen Voraussetzungen dieselben sind, wie bei jedem anderen Pfandpactum, wird in den Quellen regelmäßig erwähnt. So

l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7):

— si pignus creditor pignori dederit — —

l. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. (44, 3):

Si mihi pignori dederis, et ego eandem rem alii pignoravi — —

l. 2 C. si pign. pignori (8, 24):

Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris jure fuerat obligata, — — alii creditori pignori dedit — —

Bei dem generellen Verpfändungsvertrag fällt unter das, quae habeo habiturusve sum, auch das dem Verpfänder zustehende Pfandrecht, als Bestandtheil seines Vermögens.[1])

Die Willenseinigung, durch die der Afterverpfändungsvertrag zu Stande kommt, kann hier, ebenso wie überall, eine ausdrückliche und eine stillschweigende sein.

Nur ein Punkt bedarf hier einer näheren Erörterung, der nämlich, ob Verpfändung einer durch ein Pfandrecht gesicherten

1) L. 49 D. de V. S. (50, 16).

Forderung zugleich eine stillschweigende Verpfändung dieses Pfandrechts enthalte, ob also Verpfändung einer solchen Forderung neben dem Forderungspfandrecht ein Afterpfandrecht constituire. Diese im Allgemeinen wenig behandelte Frage scheint nach der gemeinen Meinung bejaht zu werden.[1] Man beruft sich dabei namentlich auf die Analogie des Satzes, daß da, wo das Forderungsrecht cedirt worden, auch das Pfandrecht als cedirt angesehen werde[2]) und glaubt um so mehr zu diesem Schluß berechtigt zu sein, als allgemein angenommen wird, daß Verpfändung einer Forderung eine besondere Art der Cession derselben sei. Es sei also bei Verpfändung der Forderung diese mit dem Pfandrecht cedirt, d. h. diese mit dem letzteren verpfändet worden.

Die theoretische Auffassung scheint mir hier unrichtig, wenngleich ich im Wesentlichen in den praktischen Resultaten mich einverstanden erklären muß. Oben habe ich zu beweisen gesucht, daß Verpfändung einer Forderung keine Cession derselben sei (hiemit fällt die theoretische Deduction der Gegner); hier muß ich behaupten, daß die utilis actio hypothecaria des Forderungspfandgläubigers nicht Ausdruck eines ihm am Pfandrecht zustehenden Pfandrechts ist.

Anstatt der unrichtigen Analogie der Cession einer Forderung wird eine andere auf dem Gebiete des Pfandrechts selbst liegende gleichartige Erscheinung uns den richtigen Weg zeigen.

Derjenige, dem ein servitutberechtigtes Grundstück verpfändet ist, hat neben dem Recht, den fundus zu besitzen, auch das Recht, die demselben zustehenden Servituten auszuüben. Doch

---

1) Am deutlichsten ausgesprochen bei Trotsche a. a. O. S. 16. 17. Schmid a. a. O. S. 115. 146. Gewöhnlich wird ohne Weiteres von dem Recht des Forderungspfandgläubigers gesprochen, auch die actio hypothecaria des Verpfänders als utilis anzustellen. So schon Bartolus ad l. 13 §. 2 D. de pignor. (20, 1). Salicetus ibid. und ad l. 4 C. quae res pignori (8, 17). Negusantius, de pign. et hyp., pars 2 membr. 3 n. 24. Bachovius, de pignorib. II, c. 8., und noch Dernburg a. a. O. S. 465.

2) L. 6 D. de hered. vend. (18, 4). l. 6. 7 C. de obl. et act. (4, 10).

hat er darum nicht etwa neben dem Pfandrecht am fundus ein Pfandrecht an den Servituten, also statt eines Pfandrechts, das ihm durch den Verpfändungsvertrag bestellt werden sollte, zwei, drei oder mehr. Man müßte sonst das Recht des Pfandgläubigers, die betreffenden Servituten auszuüben, von deren Verpfändbarkeit abhängig machen, und wenigstens unbedingt die serv. praediorum urbanorum ausschließen, nach dem Satz,

l. 11 §. 3 D. de pign. (20, 1):

Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

Im Gegentheil erscheint das Recht der Ausübung der Servitut als Ausfluß des Pfandrechts am fundus; es entspringt dem Recht des Pfandgläubigers, den verpfändeten fundus in seiner Totalität zu beherrschen; sein Pfandrecht am fundus übt er zugleich durch Ausübung der diesem zustehenden Servituten aus. Dies bestätigt die Stelle, in der uns jener Rechtssatz aufbewahrt ist,

l. 16 D. de servit. (8, 1):

Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

Auch die Vergleichung mit dem Vectigalbesitzer ist hier schlagend. Ebensowenig wie man behaupten wird, daß dieser neben seinem emphyteutischen Recht an dem Grundstück ein jus emphyteuseos an den diesem zustehenden Servituten hat, ebensowenig kann man sagen, daß dem am fundus Pfandberechtigten neben diesem Pfandrecht auch ein Pfandrecht an diesen Servituten zustehe. Wie dort die Ausübung der Servitut Ausübung der am Grundstück erworbenen Emphyteuse, so hier Ausübung des am Grundstück zustehenden Pfandrechts. Die Consequenzen, die aus dieser Anschauung folgen müssen, bestätigen gleichfalls die Richtigkeit derselben. Erwähnt ist schon, daß die Natur der dem fundus zuständigen Servituten für diesen Fall völlig gleichgültig ist. Ferner wird man aber auch dem Pfandgläubiger allgemein nicht das Recht zugestehen, über die dem

fundus zustehenden Servituten gesondert, z. B. durch kaufsweisen Erlaß an den vicinus, zu verfügen, sondern ihm lediglich das Recht zuerkennen, den fundus, und mit diesem auch die Servituten an einen Dritten zu veräußern.

Ebenso dünkt mich auch der von uns hier behandelte Fall entschieden werden zu müssen. Demjenigen, dem eine pfandrechtlich gesicherte Forderung verpfändet ist, müssen wir allerdings, mit der gemeinen Meinung, das Recht zugestehen, mit der utilis actio hypothecaria die für diese Forderung bestellten Pfänder, wie mit einer utilis in personam actio die für dieselben haftenden Bürgen in Anspruch zu nehmen. Für diesen Satz muß allerdings die Analogie der Cession entscheiden. Cessionar und Pfandgläubiger stehen sich beide in dem Recht gleich, die ihnen cedirte resp. verpfändete Forderung geltend zu machen. Die Mittel, die Jenem von dem Gesetz zugestanden werden, um dies Recht zu verfolgen, werden wir auch Diesem zur Verfügung stellen müssen. Aber dennoch ist diese utilis actio hypothecaria nicht Ausdruck eines dem Pfandgläubiger zustehenden Afterpfandrechts, sondern nur Folge seines Forderungspfandrechts. Die Geltendmachung des Pfandrechts erscheint als eine besondere Art der Ausübung der ihm verpfändeten Forderung; ebenso wie in dem obigen Falle die Ausübung der Servitut als eine Ausübung des Pfandrechts am fundus. Der Forderungspfandgläubiger hat also auch hier nicht zwei Pfandrechte neben einander, ein Forderungs- und ein Afterpfandrecht, sondern, wie es auch die Intention der Parteien war, nur ein Pfandrecht, nämlich ein Forderungspfandrecht.

Auch in der praktischen Anwendung wird unsere Ansicht sich von der anderen unterscheiden. Ist die utilis actio hypothecaria nur Folge des dem Pfandgläubiger zustehenden Rechts, die ihm verpfändete Forderung geltend zu machen, so muß die Anstellung derselben auch von allen den Voraussetzungen abhängig sein, denen diese Geltendmachung unterliegt. Wäre sie dagegen Ausfluß eines ihm am Pfandrecht zustehenden Pfandrechts, so wäre sie allein von den Voraussetzungen der Geltendmachung dieses Pfandrechts abhängig. Besäße also z. B. sein

Verpfänder das für die verpfändete Forderung bestellte Pfand, und seine ihm gegen diesen zuständige Forderung wäre fällig geworden, so könnte er diesem sofort mit der Afterpfandklage den Besitz des Pfandes abstreiten. Anders nach unserer Ansicht. Auch wird der Umstand, daß nach der hier vertheidigten Auffassung der Forderungspfandgläubiger mit der actio hypothecaria ein nicht für seine, sondern für die verpfändete Forderung bestelltes Pfandrecht geltend macht, maßgebend sein für die Bestimmung des Werthes, den ein dritter Besitzer anzubieten hat, falls er von der Klage sich durch offerre derjenigen Summe frei machen will, auf die das geltend gemachte Pfandrecht sich richtet. Er muß nach unserer Ansicht so viel anbieten, als dem Werth der in der actio hypothecaria mittelbar geltend gemachten verpfändeten Forderung gleichkommt. Nach der anderen Ansicht wäre die actio hyp. Ausfluß eines dem Klagenden zustehenden Afterpfandrechts, also Geltendmachung eines ihm für seine dem Verpfänder gegenüber zustehende Forderung bestellten Pfandrechts an dem Pfandrecht. Hienach brauchte der dritte Besitzer nur den Werth anzubieten, auf den das Afterpfandrecht sich richtet, also den Werth, den die Forderung des Afterpfandgläubigers gegen seinen Verpfänder repräsentirt.

Gerade diese letzte Consequenz streitet am meisten für unsere Ansicht. Durch Verpfändung der Forderung ist diese dem Pfandgläubiger ihrem ganzen Inhalt, ihrem ganzen Werth nach unterworfen [1]); mit der actio utilis in personam macht er die ganze Forderung, nicht einen Theil derselben geltend. Ebenso muß auch in der actio hypothecaria diese verpfändete Forderung ihrem Gesammtinhalt nach ausgeübt werden; die Ansicht der Gegner zwingt diese Klage in Grenzen, die ihr der Natur des Geschäfts nach zuwider sind.

Zweitens kann das Afterpfandrecht auch durch richterliche Verfügung constituirt werden.

In der l. 15 §. 2 D. de re jud. (42, 1) heißt es: die

1) S. nam. Dernburg a. a. O. S. 466.

Execution des richterlichen Urtheils ergreife zunächst die beweglichen, dann die unbeweglichen Vermögensstücke des Verurtheilten;

quodsi nec quae soli sunt, sufficiant, vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad jura;

zu diesen Rechten gehört auch das jus pignoris.

Legalhypotheken ergreifen ebenfalls das Vermögen Jemandes ganz oder in bestimmten Theilen. So kann ein Afterpfandrecht auch

drittens durch gesetzliche Bestimmung entstehen. Interessant ist für diesen Punkt die vielbesprochene und viel bestrittene l. 11 §. 5 D. de pign. act. (13,7), welche von dem Afterpfandrecht handelt, das der erste Vermiether an den Invecten und Illaten des Aftermiethers erwirbt. Dies Gesetz ist übrigens nicht so sehr für die Lehre vom Afterpfandrecht, als für die von Legalhypotheken überhaupt entscheidend. Ich werde mich darum begnügen, mit möglichst kurzer Begründung anzugeben, wie ich dasselbe verstehe.

Der Anfang der Stelle ist schon oben erklärt worden; hier kommt der Schluß derselben in Betracht. Dort haben wir gesehen, daß der Jurist Ulpian an einem einzelnen Fall seine Interpretation der Voraussetzung der actio pignoratitia: solutam esse pecuniam, praktisch erläutert. Er hatte gesagt, um die actio pignoratitia anstellen zu können, genüge es, wenn man mit dem Willen des Gläubigers an einen Andern, oder an den Erblasser, oder an den Stellvertreter des Gläubigers gezahlt habe. Als Beispiel dafür bringt er die Zahlung des Aftermiethers an den ersten Vermiether bei:

Unde si domum conduxeris et ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoratitia adversus te potero experiri. Nam Julianus scribit, solvi ei posse. Et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum.

Dann fährt er fort:

Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi.

Mit diesen Worten bestimmt er die Größe der Summe,

die der Aftermiether gezahlt haben muß, um die pignoratitia actio anstellen zu können: er brauche nur soviel entweder unmittelbar an seinen Gläubiger, oder an den ersten Vermiether zu zahlen, als der Preis betrage, um den er selbst gemiethet, denn für Weiteres hafteten seine Invecten und Illaten nicht:

non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenerentur.

Der Jurist wendet hier den theoretischen Satz, dem zufolge das gesetzliche Pfandrecht ein pignus tacitum, d. h. ein auf stillschweigender Willenseinigung beruhendes, Pfandrecht ist[1]), praktisch an. Man kann nicht annehmen, sagt er, daß der Aftermiether seine frivola, d. h. sein Hausgeräth[2]), für mehr hat verpfänden wollen, als er selbst schuldete; er hat also nur den Vertrag stillschweigend abgeschlossen, daß seine Invecten und Illaten für seinen von ihm zu zahlenden Miethzins, nicht daß sie auch für die ganze vom Aftervermiether zu leistende Summe als Pfänder haften sollten. Mit wem der Aftermiether diesen Vertrag eingegangen sei, sagt uns deutlich erst der folgende Satz:

Videtur autem tacite e t cum domino aedium hoc convenisse.

Also nicht blos der Aftervermiether, an den man zunächst denkt, sondern auch der Eigenthümer des Hauses, also der erste Vermiether, ist Subject eines solchen Vertrags mit dem Aftermiether, dessen Inhalt der Jurist eben angegeben. Mit diesen Worten spricht Ulpian dem dominus ebenfalls ein gesetzliches, die Invecten und Illaten des Aftermiethers ergreifendes Pfandrecht zu. Warum er zu theoretischer Begründung dieses gesetzlichen Pfandrechts einen solchen auch zwischen dominus und

---

1) So die Anschauung der römischen Juristen, namentlich hervorgehoben für den hier behandelten Fall des gesetzlichen Pfandrechts des Vermiethers eines praedium urbanum, l. 6 D. in quib. caus. (20, 2): — in praediis urbanis tacite solet conventum accipi etc. Vgl. besonders Dernburg a. a. O. S. 291 ff.

2) Vgl. Schmid a. a. O. S. 149 Note 50.

Aftermiether stillschweigend abgeschlossenen Vertrag nöthig hält, drücken die letzten Worte der Stelle aus:

ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria,

d. h. „damit der dominus sich nicht auf den von dem Aftervermiether abgeschlossenen Vertrag, sondern nur auf seinen eigenen zu berufen brauche."

Diese Erklärung der Stelle[1]) wird, so hoffe ich, einen innern Zusammenhang zwischen den einzelnen Theilen derselben nicht vermissen lassen. Nur ein Punkt macht nach dem Bisherigen noch Schwierigkeit. Wir haben, durch den Zusammenhang der Stelle genöthigt, die propria pactio, die der dominus nach den zuletzt angeführten Worten abgeschlossen haben soll, von einem zwischen ihm und dem Aftermiether eingegangenen Vertrage verstanden. Der Aftermiether soll hienach also dem dominus selbst unmittelbar seine Invecten und Illaten verpfändet haben. Dennoch sprechen wir dem dominus mit der gemeinen Meinung nur ein Afterpfandrecht, also ein Pfandrecht an einem Pfandrecht zu. Wie ist Beides zu vereinigen?

Einige Juristen[2]) haben geläugnet, daß dem dominus nur ein Afterpfandrecht zustehe, sie geben ihm in Folge der letzten Worte der Stelle unmittelbar ein Pfandrecht an den Invecten und Illaten des Aftermiethers. Diese Auffassung tritt mit der ganzen Stelle in unmittelbaren Widerspruch. Soll der dominus ein solches unmittelbares Pfandrecht haben, so muß dasselbe ihm für eine ihm zustehende Forderung bestellt und in seinen weiteren Schicksalen allein von der Existenz dieser Forderung abhängig sein. Für seine ganze Forderung an den ersten Miether kann es ihm nicht bestellt sein; dagegen streiten unmittelbar die Worte: Plane in eam duntaxat summam etc. Es müßte ihm also für die Quote dieser Forderung bestellt sein, die der Forderung des Aftervermiethers gegen den Aftermiether gleichkommt. Danach wäre die Aufhebung dieses Pfandrechts davon

1) Andere Interpretationen s. bei Glück, Bd. 18. S. 428 ff. v. Vangerow I. S. 851. Dernburg S. 306 ff. Schmid S. 148 ff.

2) z. B. Dernburg a. a. O.

abhängig, daß seine Forderung gegen den ersten Miether bis auf diesen Theil getilgt würde. Auch diese Consequenz widerlegt die Stelle unmittelbar. Sie schreibt dem Aftermiether die actio pignoratitia zu, falls er nur zum Theil an den dominus gezahlt hat, stellt überhaupt die Zahlung an den dominus in sein freies Belieben: solvi ei posse, und befreit für alle Fälle, sobald der Aftermiether nur das von ihm Geschuldete geleistet hat, sei es an den Aftervermiether oder an den dominus, seine Invecten und Illaten von jedem auf ihnen lastenden Pfandrecht. Ueberdies ist der dominus nach dem Anfang der Stelle ein alius als der, cui res obligata est, denn die Stelle beginnt mit den Worten:

> Solutam autem pecuniam accipiendum non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate ejus.

Das Beispiel für diese Regel ist die Zahlung des Aftermiethers an den dominus.

Andere Juristen, die mit uns in dieser Stelle ein Afterpfandrecht des dominus finden[1]), wollen die propria pactio domini von einem zwischen ihm und dem ersten Miether abgeschlossenen stillschweigenden Vertrag verstehen; dieser habe durch denselben jenem sein Pfandrecht afterverpfändet. Diese Erklärung läuft gegen den Zusammenhang der Stelle. Der Aftermiether, um dessen Invecten und Illaten es sich hier handelt, tritt bei dem ersten convenisse als paciscirend auf; das et cum domino convenisse kann ohne Gezwungenheit nur ebenfalls auf ihn bezogen werden. Auch hat diese Erklärung offenbar ihren Grund nur darin, den Satz, daß dem dominus nur afterverpfändet werde, auf jeden Fall auch mit dem Schluß der Stelle in Einklang zu bringen.

Nach meiner Ansicht muß man das Hauptgewicht auf die Rechtssätze legen, die die l. 11 §. 5 cit. enthält. Nach diesen erscheinen die Invecten und Illaten des Aftermiethers nur einmal verpfändet. Damit er mit der actio pignoratitia klagen könne, damit das auf

---

1) z. B. Schmid a. a. O.

seinem Hausrath lastende Pfandrecht getilgt werde, bedarf es nur einmaliger Zahlung. Am Schluß der Stelle spricht der Jurist neben dem Aftervermiether auch dem dominus ein solches Pfandrecht zu, indem er einen auch mit ihm stillschweigend abgeschlossenen Verpfändungsvertrag unterstellt. Dennoch ist der dominus, wie oben aus dem Anfang der Stelle gezeigt ist, nicht der ipse, cui res obligata est; dennoch bleiben die Sätze richtig, daß der Aftermiether nur seinem Gläubiger genügt zu haben braucht, um seinen Hausrath von jedem Pfandrecht zu befreien. Das Pfandrecht des dominus erscheint darum in jeder Hinsicht von dem Pfandrecht des Aftervermiethers abhängig; es besteht nur so lange, als dies besteht; die Voraussetzungen für den Untergang dieses sind zugleich die für die Vernichtung jenes Rechts; es kann nach diesen Bestimmungen das Pfandrecht des dominus nur ein Afterpfandrecht sein. Mit jenen Rechtssätzen, die uns zu diesem Schlusse zwingen, scheint die eigene theoretische Begründung Ulpians in Widerspruch zu stehen. Er will das gesetzliche Pfandrecht des dominus auf einen stillschweigenden Vertrag zwischen ihm und dem Aftermiether zurückführen. Auf jeden Fall ist so viel gewiß, daß im Falle des Widerspruchs diese theoretische Begründung mit ihren Consequenzen den eben entwickelten Rechtssätzen nachstehen muß. Doch ist die Sache noch nicht ganz so schlimm. Auch diese theoretische Begründung ist, wenngleich nicht unmittelbar schlagend, so doch nicht geradezu unrichtig.

Das Afterpfandrecht ergreift mittelbar das Object des verpfändeten Pfandrechts. Der natürlichen Anschauung nach tritt der Afterpfandgläubiger dem Object des ersten Pfandrechts gerade so gegenüber, wie wenn ihm dies selbst verpfändet wäre; er verkauft die Sache, und klagt mit der actio hypothecaria unmittelbar auf Besitz der Sache. Wir haben schon oben gesehen, daß die Römer dadurch bewogen wurden, wenn sie vom Afterpfandrecht sprachen, nicht von einer Verpfändung des Pfandrechts, wie wir es thun, sondern von einer Weiterverpfändung des dem ersten Pfandgläubiger verpfändeten Objects zu reden. Hier finden wir eine weitere Folge dieses Umstandes.

Der dominus hat, geeigneten Falls, das Recht, die Invecten und Illaten des Aftermiethers zu verkaufen, resp. mit einer actio hypothecaria zu verfolgen. Nichts destoweniger hat er diese Rechte nur, wie die oben hervorgehobenen Rechtssätze beweisen, in Folge eines ihm zustehenden Afterpfandrechts. Doch hält der Jurist es für nöthig, diese dem dominus zustehenden Rechte auf eine zwischen ihm und dem Aftermiether vor sich gegangene Willenseinigung zu gründen, „damit diese ihm dem „Aftermiether gegenüber zustehenden Rechte auch in einem von „dem dominus selbst mit diesem abgeschlossenen Vertrage ihre „Basis fänden",

> ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria.

Der Aftermiether hat also nach der Meinung des Juristen durch sein Einziehen in die ihm aftervermiethete Wohnung auch dem dominus gegenüber den diesem daraus erwachsenden Rechten zugestimmt.

So, dünkt mich, wird die Stelle am einfachsten erklärt. So fußt man auf der dem Juristen vorschwebenden natürlichen Anschauung der Verhältnisse, und bedarf weder einer gezwungenen Interpretation, noch braucht man einen Rechtssatz anzunehmen, dessen Consequenzen gegen die in der Stelle selbst vorgetragenen Bestimmungen verstoßen.

V.

Endigung.

Unsere Darstellung wird auch hier, ebenso wie bei dem eben behandelten Punkte, einen fragmentarischen, ergänzenden Charakter haben müssen. Es wiederholen sich beim Afterpfandrecht alle die Endigungsgründe, denen ein jedes Pfandrecht unterliegt. So geht es unter durch Befriedigung der Forderung, für die es bestellt ist, und durch eigene Befriedigung, d. h. durch seine Geltendmachung. Hier wie dort ist der Zweck erfüllt, um dessentwillen es bestellt ist, hier wie dort der Vermögenswerth hergestellt, auf den das Pfandrecht sich richtete: Aufhebung der dem Pfandrecht innewohnenden Spannung ist unmittelbare Vernichtung des Pfandrechts selbst. Ferner kann das Afterpfandrecht durch Verzicht, es kann auch durch Confusion untergehen. Das Letztere ist so zu denken, daß das verpfändete Pfandrecht, z. B. durch Cession der durch dasselbe gesicherten Forderung, in das Vermögen des Afterpfandgläubigers übertritt. Eigenthümlich gestaltet sich hier der Fall, wenn der Afterpfandgläubiger das dem verpfändeten Pfandrecht unterworfene Object zu Eigenthum erwirbt, ohne daß es von dem Pfandrecht des Afterverpfänders frei wird. Das Afterpfandrecht besteht nach unserer Ansicht fort, denn nicht diese Sache, sondern jenes Pfandrecht hat es zum Gegenstand. Dennoch hören die Befugnisse, die das Afterpfandrecht ihm über die Sache gewährt, auf, Ausfluß dieses besonderen Rechts zu sein, sie verschwinden in der seinem Eigenthum entspringenden totalen recht-

lichen Macht über dieselbe. Sichtbar bleiben die Wirkungen des Afterpfandrechts nur in dem beschränkenden Einfluß, den es auf das Pfandrecht des Afterverpfänders ausübt, und auch so kann es von bedeutender praktischer Wichtigkeit sein: es kann das Eigenthum des Afterpfandgläubigers kräftigen, conserviren.

Besonderer Hervorhebung bedarf hier nur der Satz, daß das Afterpfandrecht, wie jedes andere Pfandrecht, durch Untergang seines Objects vernichtet wird. Aufhebung des verpfändeten Pfandrechts muß also in jedem Fall unbedingt Aufhebung des Afterpfandrechts wirken. Die Art und Weise dieses Unterganges ist völlig gleichgültig, ebenso wie bei dem Pfandrecht an einer körperlichen Sache dasselbe untergehen muß, mag die Sache durch eine Handlung des Schuldners oder sonst irgend wie vernichtet werden. Unser Satz findet denn auch in derselben Allgemeinheit, wie wir ihn hier aufgestellt haben, in den Quellen seine Bestätigung,

l. 1 C. si pign. pignori (8, 24):

— tamdiuque eum (den Afterpfandgläubiger) is, qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus, qui dedit.

Es wiederholen sich hier also nochmals die allgemeinen Endigungsgründe eines jeden Pfandrechts. Inwieweit der Afterverpfänder durch eigene Disposition über sein Pfandrecht dasselbe zu vernichten die Macht hat, wird sich da zeigen, wo wir die Wirkungen des Afterpfandrechts auf die jenem zustehenden Rechte zu erörtern haben. So viel ist hier schon gewiß, daß z. B. Confusion in der Person des Afterverpfänders den Untergang des Afterpfandrechts herbeiführen muß. Es wird hier der Satz von praktischer Bedeutung, daß die dem Afterpfandgläubiger an der Sache zustehenden Befugnisse nicht Ausfluß eines ihm an derselben bestellten Pfandrechts, sondern Wirkung seines Pfandrechts am Pfandrecht sind. Die Ausnahme, die man für diesen Fall hat machen wollen[1], ist Folgerung des entgegengesetzten, oben widerlegten Princips.

1) So Trotsche a. a. O. S. 62.

Aus dem hier behandelten Grunde muß das Afterpfandrecht ferner untergehen, falls das ihm unterworfene Pfandrecht durch seine Befriedigung untergeht. Dies kann auf doppelte Weise geschehen. Entweder, indem es von dem Afterpfandgläubiger geltend gemacht wird, indem derselbe also die demselben innewohnende Kraft, d. h. die demselben entspringenden Befugnisse benutzt, um den Vermögenswerth herzustellen, auf den dasselbe sich richtet. In diesem Moment geschieht ein Doppeltes. Das verpfändete Pfandrecht geht unter, weil es den Vermögenswerth gefunden, nach dem es strebte, zugleich auch das Afterpfandrecht; in dem Augenblick, wo es in Folge der Vernichtung seines Objects untergeht, wird es zugleich befriedigt: es erreicht den Vermögenswerth des ihm unterworfenen Gegenstandes. Dieser Proceß fällt also mit dem oben schon erwähnten zusammen, demzufolge das Afterpfandrecht durch seine eigene Befriedigung, durch seine Geltendmachung, untergeht.

Das dem Afterpfandrecht unterworfene Pfandrecht kann aber noch auf andere Art befriedigt und dadurch vernichtet werden, nämlich durch Zahlung oder satisfactio aus der Forderung, für die es bestellt war. Die Quellen bezeugen den Untergang des Afterpfandrechts auch speciell für diesen Fall,

l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7):

— si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.

l. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. (44, 3):

— meus creditor utetur accessione tui temporis — — quamdiu pecuniam mihi non exsolveris; — — si pecuniam mihi solveris, hoc casu accessione tua non utetur.

Vgl. l. 1. 2 C. si pign. pignori (8, 24).

Verpflichtet ist der Schuldner, diese Zahlung an den Afterverpfänder zu leisten; zu dem Afterpfandgläubiger tritt er in gar kein Verhältniß, denn die Forderung ist, wie wir oben bewiesen haben, nicht mitverpfändet. Die Zahlung, die der

Schuldner an den Afterpfandgläubiger leistet, wirkt nur insofern, als in derselben eine Zahlung (im weiteren Sinne) an den Afterverpfänder gefunden wird. Dies beweist der Gedankengang der l. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7). Die Quellen reden darum regelmäßig von einer Zahlung, die dem Afterverpfänder, also dem wirklichen Gläubiger des zahlenden Schuldners, geschehen sei.

Eine Frage drängt sich hier auf. In dem Fall, wo das verpfändete Pfandrecht in der Hand des Afterpfandgläubigers sich durch sich selbst befriedigte, führte der Untergang des verpfändeten Pfandrechts und damit des Afterpfandrechts unmittelbar zu der Befriedigung des letzteren. In dem jetzt besprochenen Fall geht das verpfändete Pfandrecht ebenfalls in seiner Befriedigung unter, nur daß diese Befriedigung hier auf einem anderen Wege herbeigeführt wird wie dort. Soll dennoch das Afterpfandrecht hier unbefriedigt untergehen, soll der im Grunde gleiche juristische Vorgang dennoch hier so bedeutend andere praktische Resultate haben als dort?

Die Antwort auf diese Frage finden wir in der vielbesprochenen l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1). Die Stelle laufet:

> Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est.

Diese Worte bedürfen zunächst keiner weiteren Erklärung. Ihre Verwendung für die Lehre vom Afterpfandrecht werden sie geeigneten Orts finden.

> Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur.

Hiemit ist der eben von uns erörterte Satz ausgesprochen. Der Jurist setzt als den Normalfall Zahlung an den Afterverpfänder voraus. Das Folgende wird diese Behauptung bestätigen. Doch werden wir sehen, daß die Stelle auch die Mittel an die Hand giebt, den anderen Fall zu entscheiden. — Das gebrauchte quoque kann man doppelt verstehen. Entweder deutet es an, daß mit der Forderung, aus der gezahlt wird, a u ch

das für dieselbe bestellte Pfandrecht untergeht. Nothwendige Consequenz, die der Jurist nicht weiter hervorhebt, ist dann, daß damit auch das Afterpfandrecht untergeht. Oder man kann zu dem pignus quoque ergänzen secundi creditoris: „so „geht auch das Pfandrecht des zweiten Gläubigers mit dem des „ersten unter." Beides ist gleich richtig und gleich passend für den Zusammenhang; doch möchte ich die erstere Bedeutung vorziehen, weil sie sich einfacher ergiebt. — Der Jurist steht mit diesen Worten an demselben Punkt, mit dem wir uns beschäftigen. Er schreitet auch zu derselben Frage fort:

> Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non; quid enim, si res soluta fuerit?

Die aufgeworfene Frage geht meiner Ansicht nach nämlich dahin: ob nicht der Afterpfandgläubiger auf das aus der Forderung (dem Afterverpfänder) Gezahlte eine actio utilis (hypothecaria) habe. Die anders lautenden Ansichten werden unten widerlegt werden.

Diese Fragstellung schon giebt nach mehreren Seiten hin Resultate. Zunächst wird gefragt, ob nummorum solutorum, nicht solvendorum nomine, wie die Glosse meinte, eine actio utilis zuständig sei. Geschehene Zahlung wird danach als Voraussetzung eines etwanigen Rechts des Afterpfandgläubigers auf das Object der Forderung hingestellt, eine Darstellungsweise, die ungenau genug wäre, wenn der Jurist meinte, daß der Afterpfandgläubiger als solcher eine actio utilis aus der Forderung hätte, für die das verpfändete Pfandrecht bestellt war. Dazu kommt der Umstand, daß der Jurist gerade von dem Satze aus, daß Zahlung des ersten Schuldners das Afterpfandrecht vernichte, zu dieser Frage kommt. Er scheint dabei vorauszusetzen, daß der Afterpfandgläubiger hier nach Vernichtung seines Afterpfandrechts zunächst ohne jedes Mittel ist, sich selbst zu befriedigen, eine Voraussetzung, die nur zutrifft, wenn man die Forderung nicht für mitverpfändet hält; in der Denunciation hätte er sonst ein Mittel, jede Zahlung des Schuldners an seinen Gläubiger sich gegenüber unwirksam zu machen. Es wird ferner nach einer

actio utilis gefragt, die dem Afterpfandgläubiger nummorum solutorum nomine zustehen solle. Dies beweist, daß der Jurist Marcian (von diesem ist das hier behandelte Fragment) zunächst an einen Fall denkt, wo nicht an den Afterpfandgläubiger, sondern an einen Anderen, also den wirklichen Gläubiger, den Afterverpfänder, gezahlt ist; gegentheiligen Falls, wenn er nämlich Zahlung an den Afterpfandgläubiger und damit Besitz desselben an den nummi soluti vorausgesetzt hätte, hätte entschieden zunächst nicht nach einer actio, sondern nach einer exceptio gefragt werden müssen, ein Umstand, der ebenfalls gegen die Ansicht beweist, nach der das Forderungsrecht mitverpfändet sein soll. Endlich deutet Marcian, wenn er zu der Frage, ob der Afterpfandgläubiger eine solche actio utilis habe, hinzufügt: quid enim, si res soluta fuerit? an, daß in dem mit diesen Worten hervorgehobenen Fall die Antwort unbedingt bejahend lauten wird. So kommt eine Frage mit quid enim? öfter vor, z. B. bei demselben Juristen Marcian in l. 16 §. 4 D. de pignor. (20, 1): Quid enim, si minoris sit praedium, quam debetur?[1])

Auf die aufgeworfene Frage antwortet der Jurist unmittelbar gar nicht; er zieht nur eine Entscheidung des Pomponius an, die dieser für einen verwandten Fall gegeben, und überläßt es uns, selbst das Resultat zu ziehen. Er sagt:

> Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad Edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Es hat von jeher die größten Schwierigkeiten gemacht, zu erklären, weshalb Marcian, der vom Afterpfandrecht spricht, hier als Norm gebend eine Entscheidung des Pomponius über das Forderungspfandrecht anführt. In dieser Schwierigkeit liegt in

1) Vgl. Mühlenbruch, Cession S. 345 Note 222. Hepp, Archiv für civ. Praxis, Bd. 13. S. 359 Note 11. Trotsche a. a. O. S. 130 Note 153.

Wahrheit der einzige und wichtigste Anlaß für Entstehung der Ansicht, daß Afterverpfändung zugleich Verpfändung der Forderung sei, zu deren Sicherung das verpfändete Pfandrecht dient.

Ich hoffe, daß von unserer Ansicht aus, die wir über das Wesen des Pfandrechts aufgestellt haben, die erwähnte Schwierigkeit verschwindet. Pfandrecht und Forderungsrecht sind, wie wir darzuthun versucht haben, ihrem Inhalt nach völlig gleichgeartet. Jenes ist wie dieses seinem Inhalt nach ein Recht auf einen Vermögenswerth; das Pfandrecht an diesen Rechten ist also hier wie da das Pfandrecht an einem Recht auf einen Vermögenswerth; das Pfandrecht wirkt demnach auch, wie wir oben schon gesehen haben, hier wie dort auf völlig gleiche Weise. Daher erklärt es sich, daß Marcian die Sätze vom Pfandrecht am Pfandrecht den Rechtsbestimmungen nachgebildet wissen will, die über das Pfandrecht an Forderungsrechten gelten, zumal da er an der Stelle, von der wir handeln, einen Punkt berührt, an dem sich die dem Pfandrecht wie dem Forderungsrecht gleichermaßen innewohnende eigenthümliche Natur in denselben Erscheinungen äußert. Pfandrecht wie Forderungsrecht gehen unter, sobald der Vermögenswerth, auf den sie sich richten, dem Berechtigten zugeführt ist. Das Pfandrecht am Pfandrecht wie das am nomen ist auf den Vermögenswerth gerichtet, den diese Rechte durch ihre Geltendmachung aus sich herauszusetzen vermögen; es strebt also in beiden Fällen, das ihm unterliegende Object zu vernichten, um sich des vermögensrechtlichen Inhalts, den sie in sich tragen, zu bemächtigen. Wir haben gesehen, daß, namentlich beim Pfandrecht am nomen, es vorkommen kann, daß auch nach der Geltendmachung der Forderung der vermögensrechtliche Inhalt derselben noch nicht in seiner Reinheit, nämlich noch nicht in der Form von Geld hergestellt ist: der Vermögenswerth der Forderung kann auch nach der Zahlung von Seiten des Schuldners noch in einem von diesem geleisteten Object gebunden liegen; das bisher bestandene Pfandrecht an der Forderung setzt sich dann, wie wir oben gezeigt haben, an dem aus dieser geleisteten Object fort, und endigt erst, falls

es auch von dieser Hülle den Vermögenswerth, auf den es gerichtet ist, befreit hat. Beim Afterpfandrecht wird dieser Fall selten vorkommen, wenn der Afterpfandgläubiger selbst das ihm verpfändete Pfandrecht geltend macht; doch kann dieselbe Erscheinung sich auch hier wiederholen, falls der erste Schuldner seinem Gläubiger aus der Forderung, für die das verpfändete Pfandrecht bestellt war, ein corpus, also ein Object leistet, das nicht Geld ist. Der Vermögenswerth, auf den das Pfandrecht sich richtet, ist nämlich, wie schon früher hervorgehoben ist, identisch mit dem, auf den die Forderung gespannt ist, für die es bestellt wurde. Es ist also der Vermögenswerth des verpfändeten Pfandrechts auch dann hergestellt, wenn der Schuldner des Afterverpfänders aus seiner diesem gegenüber bestehenden Verpflichtung Zahlung leistet. Es kann auch hier nun dieser Vermögenswerth unmittelbar, nämlich durch Zahlung von Geld, oder nur mittelbar, nämlich durch Leistung eines corpus, hergestellt werden. Die Grundsätze, die für diese Fälle Anwendung finden sollen, müssen nach Marcians Ansicht von der Lehre vom Forderungspfandrecht hergenommen werden, ein Satz, der dem praktischen Bedürfniß wie der juristischen Consequenz auf gleiche Weise entspricht.

Diese Bedeutung hat es, meines Ermessens, wenn der Jurist in unserer Stelle sich auf die Autorität des Pomponius beruft und eine Entscheidung herbeizieht, die dieser für das Forderungspfandrecht gegeben. Der Satz des Pomponius ist demnach völlig gleicher Bedeutung, wie auch fast gleichen Wortlauts, mit der Stelle des Paulus,

l. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7):

Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis: si vero corporis alicujus, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

Versuchen wir jetzt, auf Grundlage des oben Gesagten eine

Anwendung der für das Forderungspfandrecht geltenden Principien auf unseren Fall, versuchen wir also, die Folgesätze zu entwickeln, die Marcian selbst aufzustellen für überflüssig gehalten hat. Dabei müssen wir zwei Fälle auseinander halten, den einen, an den Marcian zunächst denkt, wo der Schuldner des Afterverpfänders an diesen selbst, den andern, wo er an den Afterpfandgläubiger gezahlt hat.

Hat im ersten Falle der Schuldner seinem Gläubiger eine Sache, die nicht Geld ist, von den Römern hier technisch corpus genannt, geleistet, so fällt das gezahlte Object unmittelbar in das Eigenthum des Afterverpfänders, denn aus seiner ihm zustehenden Forderung ist die Zahlung an ihn geschehen; in demselben Moment aber erwirbt der Afterpfandgläubiger ein Pfandrecht an diesem Object, also ein Recht auf den Vermögenswerth desselben, denn in jenem Vermögenswerth stellt sich jetzt der Vermögenswerth des ihm bis dahin verpfändet gewesenen Pfandrechts dar. Zu diesen Objecten müssen wir hier, ebenso wie da, wo wir von der Verpfändung von Forderungsrechten sprachen, alle Gegenstände von Vermögenswerth rechnen, die nicht Geld sind, also fungible wie nicht fungible Sachen, genau nach dem Ausdruck der Quellen, die die pecunia dem corpus gegenübersetzen, denn nur Geld ist der unmittelbare Repräsentant eines Vermögenswerthes. Zufällig kann es geschehen, daß das Pfandrecht des secundus creditor nachträglich, falls fungible Sachen gezahlt waren, durch Confusion, also durch Aufhebung der individuellen Existenz der geleisteten Objecte, vernichtet wird; doch bleibt dies für die principielle Beantwortung unserer Frage ebenso gleichgültig, wie der Umstand, daß ein jedes Pfandrecht durch casuelle Vernichtung seines Objects untergehen kann. Wir finden also die oben schon aus der von Marcian gewählten Fassung der Frage: quid enim si res soluta fuerit? abgeleitete Bemerkung bestätigt, daß dieselbe für diesen Fall unbedingt bejaht wird. Der Afterpfandgläubiger erwirbt an diesen Objecten stets ein Pfandrecht, er hat also hier gegen den Afterverpfänder stets die actio utilis hypothecaria. Die Klage ist eine utilis actio, weil die strengen Voraussetzun-

gen der Pfandklage, nämlich Pfandconvention über den eingeklagten Gegenstand und in bonis esse zur Zeit der Verpfändung, fehlen. Das Pfandrecht, welches der Afterpfandgläubiger an dem gezahlten Object erwirbt, muß, weil es nach unserer Anschauung nur eine Fortsetzung, eine Fortdauer seines Afterpfandrechts in anderer Gestalt ist, ebenso wie beim Forderungspfand, mit allen seinen früheren Eigenschaften, also namentlich mit derselben Priorität fortdauern, eine wichtige praktische Consequenz unserer Ansicht; es verändert sich nur das Object, in dem sich der Vermögenswerth repräsentirt, den das Pfandrecht erreichen und herstellen will, das Pfandrecht erleidet darum nur in seiner äußeren Form, nicht irgendwie in seiner sonstigen Existenz eine Aenderung. Schwieriger ist die Beantwortung der Frage für den Fall, wo der Schuldner an den Afterverpfänder Geld gezahlt hat. Wir haben früher den Satz gefunden, daß der Forderungspfandgläubiger, falls ihm aus der verpfändeten Forderung Geld geleistet war, kein Pfandrecht an den gezahlten Geldstücken, sondern unmittelbar Eigenthum erwirbt, ebenso wie an dem Kaufpreise, der ihm für die verkaufte Pfandsache gezahlt ist, denn in der Geldsumme repräsentirt sich direct der Vermögenswerth des dem Pfandrecht unterworfenen Objects. Wir können demnach auch hier dem Afterpfandgläubiger an den gezahlten Geldstücken kein Pfandrecht zusprechen; der Umstand, daß nicht an ihn, sondern an einen Andern, den Afterverpfänder, gezahlt ist, kann an der Consequenz des Rechts Nichts ändern. Die actio utilis hypothecaria kann er also auf die gezahlten Geldstücke nicht anstellen. Auch fehlen in seiner Person alle Voraussetzungen eines Eigenthumserwerbes an dem gezahlten Gelde; er hat allerdings noch immer ein Recht auf den Vermögenswerth, der dem Afterverpfänder durch die Zahlung der Geldstücke zugekommen ist, doch ohne jede dingliche Macht über ein Object, an das er sich zum Zweck seiner Befriedigung halten könnte; das Recht auf diesen Vermögenswerth erscheint von diesem Augenblick an in rein persönlicher Form. Der Afterverpfänder ist nur verpflichtet, ihm das Betreffende zu leisten, ein Anspruch, der mit der Forderung, die ihm schon bisher gegen

denselben zustand, zusammenfällt. Diese Erscheinung hat auf den ersten Blick etwas Auffallendes; doch ist sie nothwendige Consequenz unserer Ansicht, und damit auf alle die Gründe gestützt, die für die von uns gegebene Definition des Pfandrechts und für die aus derselben, namentlich für die Verpfändung von Forderungsrechten, abgeleiteten Folgerungen streiten. Der Jurist Marcian scheint auch mit uns für diesen Fall das Entstehen eines Pfandrechts, und damit eines jeden dinglichen Rechts für den Afterpfandgläubiger zu läugnen, wenn er den einen Fall si res soluta fuerit als namentlich zu bejahend hervorhebt; er verneint damit indirect die Frage für die andere Eventualität, si nummi soluti sint.

In dem zweiten oben hervorgehobenen Fall, wenn nämlich der erste Schuldner an den Afterpfandgläubiger geleistet hat, finden die für das Forderungspfandrecht geltenden Grundsätze leicht ihre Anwendung. Hat der Schuldner dem Afterpfandgläubiger gezahlt, so wird er, zufolge der l. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7) von der Klage seines eigentlichen Gläubigers ope exceptionis frei.[1]) Dem Afterpfandgläubiger verbleibt das gezahlte corpus an Pfandes Statt, der Afterverpfänder erwirbt durch ihn, wie durch seinen Stellvertreter, Eigenthum. Ist Geld gezahlt, so erwirbt der Afterpfandgläubiger an den gezahl-

---

1) Schmid, Cession S. 154 Note 63 behauptet auf Grundlage des in der l. 11 §. 5 cit. gebrauchten Ausdrucks: solutam pecuniam accipiendum, ipso jure eintretende Aufhebung dieser Forderung, und findet darin eine Bestätigung seiner Ansicht, daß das Forderungsrecht des Afterverpfänders mitverpfändet sei. Dagegen ist zunächst zu bemerken, daß nach unserer oben gegebenen Interpretation der l. cit. dieselbe mehrere Fälle zusammenstellt, die keine wahre solutio sind, aber dennoch, was die actio pignoratitia anlangt, der solutio gleich wirken. Daher solutam autem pecuniam accipiendum. Es sind denn auch mit der Zahlung an den Afterpfandgläubiger andere Fälle gleichgestellt, die ohne Zweifel nur ope exceptionis wirken, z. B. die Zahlung an den, cui heres extitit, vel procuratori ejus, u. s. w. Endlich fällt die Behauptung Schmid's dadurch, daß auch für den Fall der Verpfändung der Forderung Zahlung an den Forderungspfandgläubiger nur ope exceptionis befreit, vgl. l. 18 pr. eod. — tuenda est a Praetore haec conventio, ut — debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur.

ten Geldstücken sofort Eigenthum, und wird nur durch die actio pignoratitia des Afterverpfänders zur Restitution der hyperocha angehalten.

Ich glaube, mit dieser Darstellung gezeigt zu haben, daß der Gesichtspunkt, von dem aus ich die l. 13 §. 2 cit. aufzufassen gesucht habe, ein durchaus durchführbarer ist; sie zeigt einerseits, daß der Gedanke des Marcian, die Entwickelung der Lehre vom Afterpfandrecht an diesem Punkt an die vom Forderungspfandrecht geltenden Rechtssätze anzuschließen, ein gesunder und juristisch gerechtfertigter, ja nothwendiger ist; andererseits geht aus dem Bisherigen die Unrichtigkeit der Ansicht hervor, daß Verpfändung eines Pfandrechts zugleich Verpfändung der durch dasselbe gesicherten Forderung sei; es ist gezeigt worden, daß das volle Verständniß der Stelle nur von der anderen Ansicht aus erreicht werden kann.

Es verliert damit auch die künstliche Theorie Schmid's ihren Boden[1]), als wenn Zahlung des ersten Schuldners an den Afterverpfänder oder den Afterpfandgläubiger das Pfandrecht des Letzteren durch eine diesem damit geschehene satisfactio, zugleich das Pfandrecht des Afterverpfänders unmittelbar oder mittelbar durch eine für denselben in der Zahlung an den Afterpfandgläubiger enthaltene solutio tilge. Jene satisfactio soll in dem Erwerb des Pfandrechts-ruhen, das dem Afterpfandgläubiger an dem gezahlten Object erwächst, diese solutio in dem Eigenthumserwerb enthalten sein, der dem Afterverpfänder unmittelbar oder durch die Person des Afterpfandgläubigers zugeführt wird. Dieser Gesichtspunkt ist nur geeignet, den wahren Zusammenhang der Sache zu verdecken.

Das Forderungspfandrecht sowohl wie das Afterpfandrecht geht nämlich, falls das Object des Pfandrechts in seiner Befriedigung untergeht, eben nur deshalb unter, weil es sein Object verliert, nicht weil aus dem Afterpfandrecht oder dem Forderungspfandrecht für den bisher Pfandberechtigten ein neues Pfandrecht erwächst. Diese letztere Erscheinung ist Consequenz

---

1) A. a. O. S. 160.

bestimmter juristischer Principien, nicht Wirkung eines bestimmten Willens des Schuldners. Das neue Pfandrecht ruht im Gegentheil völlig auf dem vorher dem Pfandgläubiger zuständig gewesenen, also auf dem Willen des verpfändenden Gläubigers, ein Umstand von bedeutender juristischer Tragweite, indem sich namentlich danach, wie wir gesehen haben, die Priorität desselben bestimmt. Auch erwirbt der Pfandgläubiger nach Untergang seines Pfandrechts nicht einmal immer ein neues Pfandrecht, er kann statt dessen auch unmittelbar Eigenthum erwerben; auch kann das Afterpfandrecht ohne jeden Ersatz untergehen.

Endlich wird das Forderungsrecht des Afterverpfänders wie das Forderungsrecht des Forderungsverpfänders, falls der Schuldner an den secundus creditor zahlt, nicht deshalb aufgehoben, weil ihm damit gezahlt wird; er erwirbt im Gegentheil nicht einmal immer Eigenthum an dem gezahlten Object. Der Schuldner ist dem primus creditor gegenüber nur durch eine exceptio doli geschützt, auf Grundlage des Umstandes, daß er voluntate creditoris an einen Andern gezahlt hat.

Die im Obigen gegebene Auffassung unserer Stelle ist bisher von einem Schriftsteller noch nicht vorgetragen; aber auch in dem Wortverständniß der Stelle stimmen mit uns von der großen Zahl der Schriftsteller, die unser Thema behandelt haben, nur Brinz und Windscheid in ihren Lehrbüchern a. a. O. überein. In gewisser Hinsicht kommen auch Huschke und Büchel unserer Ansicht nahe, indem sie von dem Begriff des Pfandrechts als einer obligatio rei ausgehen. Doch vermißt man bei ihren Ausführungen eine auf den Grund der Sache eingehende Erklärung der praktischen Resultate. Ueberdies werden sie gerade da, wo sie dem meiner Ansicht nach Richtigen nahe kommen, ihren eigenen Grundsätzen ungetreu, weil sie Beide das Afterpfandrecht nicht als Verpfändung der obligatio rei, sondern als zweite Verpfändung der Sache selbst begrifflich bestimmen. Es ist hier jetzt der Ort, auf die von der unsrigen abweichenden Erklärungen unserer Stelle einzugehen, eine Auf-

gabe, die deshalb mit möglichster Kürze erledigt werden kann, weil eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten schon von anderen Schriftstellern mehrfach gegeben ist.[1])

Die Dogmengeschichte bietet hier wenig Erquickliches.

Die Basiliken haben die l. 13 §. 2 cit. völlig entstellt. Sie verbinden[2]) unmittelbar mit dem Satze, daß Zahlung des ersten Schuldners das Pfandrecht des Afterverpfänders wie des Afterpfandgläubigers vernichte (ἑκατέρα ὑποθήκη λύεται — —), die von Pomponius über das pignus nominis gegebene Entscheidung, indem sie den Fragesatz Marcians: Sed potest dubitari etc. unterdrücken, und die Stelle damit eines jeden Zusammenhanges entblößen. Auch die Glosse wußte Anfang und Ende der Stelle nicht mit einander in Einklang zu bringen, und begann darum mit den Worten: Sed potest u. s. w. einen neuen Paragraphen mit der schon oben mitgetheilten Bemerkung: Et mutat hic casum etc. Ueberdies interpretirte Accursius solutorum als gleichbedeutend mit solvendorum, eine Auslegung, der schon Donellus[3]) mit den Worten entgegentrat: id agere videtur (Accursius), ut nos rideat, qui, quod praeteriit, de eo quod futurum est interpretatur.[4]) Cujaz steht in seiner Erklärung unserer Stelle noch auf dem Standpunkt der Glosse, Gothofred weiß in seinen Noten zu derselben nur wenig zu sagen; bei Anderen, z. B. Balduin, Mudäus finden sich ohne näheres Eingehen auf den Zusammenhang der Stelle nur die praktischen Rechtssätze, die sie in derselben ausgesprochen finden, zusammengestellt. Bachov[5]) verzweifelt völlig an einer richtigen Erklärung unserer Stelle. Die bedeutendste Interpretation findet sich bei Donellus a. a. O. Er versteht die Zahlung, von der Marcian spricht:

1) So bei Trotsche a. a. O. S. 144 ff. Sintenis, Streitfragen S. 53 ff.

2) Bas. lib. 25 tit. 2 (Heimb. III. p. 69).

3) De pign. et hyp. cap. 8.

4) Dennoch fand die Ansicht des Accursius später noch in Petrus Pithoeus einen Vertheidiger, s. Excerpta quaedam ex adversariis Petri Pithoei bei Meermann, thesaur. I. p. 353.

5) De pignor. et hypoth. lib. II. cap. 8.

Quodsi dominus solverit pecuniam, von einer an den Afterpfandgläubiger geschehenen Zahlung, und findet die Frage Marcian's: Sed potest dubitari u. s. w. dahin ausgesprochen: ob dem Afterpfandgläubiger das Gezahlte an Pfandes Statt oder zu Eigenthum verbleibe. Die Norm für die Entscheidung dieses Punktes solle der Ausspruch des Pomponius abgeben. Die letztere Ansicht ist an sich nicht unrichtig; nur das ist zu tadeln, daß er, um die Anwendung der von Pomponius aufgestellten Grundsätze für möglich zu halten, den Fall, von dem Marcian spricht, für denselben hält, den Pomponius behandelt, und darum in dem Fall des Marcian ebenfalls eine Zahlung an den secundus creditor voraussetzt. Er übersieht dabei, daß Marcian vom Afterpfandrecht, Pomponius aber vom Forderungspfandrecht handelt, und daß darum der secundus creditor des Pomponius mit dem creditor Marcian's nichts zu thun hat: jener ist einfach der Forderungspfandgläubiger, dieser der Afterverpfänder. Ueberdies ist er zu der Künstlichkeit gezwungen, die actio utilis, nach der Marcian fragt, mit „Pfandrecht" zu übersetzen.

Die Punkte, um welche in der neueren Literatur bei Erklärung der l. 13 §. 2 cit., von den Worten: Quodsi dominus solverit an, gestritten wird, sind

1) ob an den Afterpfandgläubiger oder den Afterverpfänder diese Zahlung geschehen sei.

Die gemeine Meinung ist dafür, das Letztere anzunehmen[1]); ich stimme derselben bei. Die Gründe dafür hat uns oben schon die Interpretation der Stelle an die Hand gegeben. Dieser Punkt an sich ist jedoch eines Streites nicht werth. Daß die Stelle von der einen wie der andern Annahme aus dennoch im Grunde denselben richtigen Sinn geben kann, erhellt aus dem oben Gesagten. Wichtiger sind die folgenden Streitfragen:

2) ob die actio utilis, nach der Marcian fragt, eine dingliche actio utilis hypothecaria des Afterpfandgläubigers

1) So Merillius observ. lib. VII. cap. 35, Glück, Gaupp, Gesterding, Mühlenbruch, Windscheid, Dernburg u. s. w.; für die andere Ansicht Trotsche, Huschke, Puchta.

sei, oder eine persönliche actio pignoratitia des Afterverpfänders gegen den Afterpfandgläubiger. Gegenstand dieser pignoratitia soll sein Restitution dessen, was der Afterpfandgläubiger von dem dominus über den Betrag seiner ihm gegen den Afterverpfänder zustehenden Forderung eingenommen hat.

Für die letztere Ansicht sind Trotsche[1]), Puchta[2]), v. Vangerow[3]), dagegen ist die gemeine Meinung, der auch ich mich anschließe, für die erstere. Die gegnerische Ansicht ist unhaltbar, zunächst weil die actio pignoratitia keine utilis sein könnte, sondern in ganz normaler Weise aus dem zwischen dem Afterverpfänder und dem Afterpfandgläubiger bestehenden pfandcontractlichen Verhältniß entspringen würde.[4]) Es wäre ferner unbegreiflich, wie Marcian eine solche so leicht und einfach zu beantwortende Frage als eine schwierige und zweifelhafte hätte hinstellen können: Sed potest dubitari u. s. w. Endlich wäre die Distinction des Pomponius zwischen dem gezahlten corpus und der geleisteten pecunia, die Marcian entschieden auf seinen Fall angewandt wissen will, völlig bedeutungslos. Der Afterpfandgläubiger wird in beiden Fällen die hyperocha herausgeben müssen, falls der dominus an ihn gezahlt hat, nur daß dies von seiner Seite, falls er Geld eingenommen hat, sofort, falls er ein corpus erhalten, erst, nachdem er dies veräußert hat, geschehen muß. Wie mit diesen Sätzen die Lehre vom Forderungspfandrecht in irgend welcher Verbindung stehen soll, ist nicht zu ersehen; sie folgen vielmehr aus den allgemeinen über den contractus pignoratitius geltenden Grundsätzen.

Trotsche beruft sich für diese Ansicht darauf, daß der Fall Marcian's genau derselbe sei, wie der des Pomponius, daß also hier wie dort an den secundus creditor gezahlt sei, daß also eine actio nur für den Afterverpfänder möglich sei. Die

1) A. a. O. S. 129 ff.
2) Vorles. I. S. 437. 438.
3) Pandekten 7. Aufl. S. 815.
4) Vgl. Dernburg, Pfandrecht I. S. 480 Note 9.

oben schon gegen Donellus gemachte Bemerkung trifft genau auch gegen Trotsche zu.

Die ferner zu behandelnden Behauptungen finden sich nur vereinzelt bei den einzelnen Schriftstellern, denn fast keiner hat die l. 13 §. 2 cit. besprochen, ohne an dem einen oder anderen Punkte eine besondere Ansicht zu vertreten. So ergänzt

3) Gaupp[1]) in den von Marcian angezogenen Worten des Pomponius exacta ea die Worte et solvit, und nach et solverit den Bedingungssatz, hoc si secundus creditor exegerit, so daß die Stelle am Schluß den Sinn erhält: Wenn der, dessen nomen (oder pignus) zu Pfand gegeben ist, dem primus creditor Geld schuldet und gezahlt hat, so wird der zweite Gläubiger, nachdem er es (vom ersten) mit der utilis actio hypothecaria beigetrieben, damit compensiren; hat der Schuldner aber ein corpus geschuldet und gezahlt, so wird der zweite Gläubiger, wenn er dies mit der actio utilis eingeklagt, dasselbe an Pfandes Statt behalten.

Gaupp meint demnach, daß es ohne tiefere Bedeutung ist, wenn der Jurist bei der pecunia sagt exacta ea, bei dem corpus, si solverit; er habe beidemale ganz dasselbe sagen wollen und nur zufällig mit den Worten gewechselt. Schon dies ist falsch, denn die pecunia wird der Gläubiger auch auf seine Klage, das corpus nach classischem römischen Recht nur erhalten, falls der Schuldner freiwillig zahlt, wie wir das schon oben, wo wir vom Forderungspfandrecht sprachen, bemerkt haben. Wir haben demnach also, gegen Gaupp, guten Grund dafür, anzunehmen, daß das solverit dem exacta ea entspricht, nicht, daß das Eine bei dem Andern ergänzt werden müsse. Ebenso entspricht sich in der l. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7) exactam pecuniam und id (corpus), quod acceperis. Das exigere hat dann ebenso wie das deutsche „beitreiben" den doppelten Sinn der klagbaren Geltendmachung der Forderung und der Ausübung derselben durch „Erheben, Einkassiren" des

---

1) De nominis pignore S. 43 ff.

Geschuldeten. Das Hauptgewicht ist aber ferner darauf zu legen, daß nach Gaupp's Ansicht der Unterschied völlig verschwindet, der zwischen dem Fall, wo pecunia, und dem wo ein corpus gezahlt ist, gemacht werden soll, denn nach ihm soll in beiden Fällen der Afterpfandgläubiger eine actio utilis hypothecaria haben, sowohl Geld wie corpus soll pfandweise verhaftet sein. Damit verstößt er entschieden gegen die Intention Marcian's, der in seiner Frage nummi und res einander gegenüberstellt, und auch den Pomponius für pecunia und corpus eine besondere Antwort geben läßt. Endlich würde die Entscheidung, die Pomponius nach Gaupp's Interpretation für den Fall eines verpfändeten nomen giebt, gar nicht passen. Der Jurist hätte dann nur den, beim pignus nominis anormalen, Fall berücksichtigt, wo der erste Schuldner an seinen Gläubiger, nicht an den Pfandgläubiger zahlte. Man sieht auch an dieser Erklärung, zu welchen gezwungenen Ansichten das Bestreben führt, den Worten des Pomponius und den eigenen Worten des Marcian denselben Fall unterzulegen. Die Rücksicht wird von vielen Schriftstellern außer Acht gelassen, daß Marcian vom Afterpfand und Pomponius vom Forderungspfand redet. Gaupp will, daß beidemale von einer Zahlung an den zweiten Gläubiger gesprochen wird; ebenso wie Trotsche, daß beide von einer Zahlung an den ersten Gläubiger handeln. Jener verstößt damit gegen die Natur des Forderungs-, dieser gegen die des Afterpfandrechts. Wie für das Forderungspfandrecht die Zahlung an den zweiten Gläubiger, so ist für das Afterpfandrecht die Zahlung an den ersten Gläubiger der normale Fall, und doch können die Principien, die hier wie da zur Geltung kommen, dieselben sein. Gleich gezwungen ist eine fernere Ansicht Trotsche's[1]), nämlich

4) daß in der l. cit. ein Fall vorausgesetzt werde, wo neben der Afterverpfändung eine ausdrückliche Verpfändung des nomen's vorgelegen habe.

Ersichtlich hat diese Ansicht ihre Veranlassung nur in dem Be-

---

1) A. a. O. S. 139.

streben, die Bezugnahme Marcian's auf Pomponius zu erklären. Derjenige zahlende Schuldner, von dem Marcian eben als dominus der Pfandsache spricht, wird hier, nach Trotsche's Ansicht, als is, cujus nomen pignori datum est, bezeichnet; wenn das decisum auf den Fragefall passen sollte, müßte auch Marcian eine Verpfändung der Forderung vorausgesetzt haben. Auch diese Behauptung ist Consequenz der eben gerügten Ansicht, daß Marcian den Pomponius anführe, weil dieser denselben Fall entscheide.

5) Huschke[1]) will unserer Stelle durch Emendation helfen, indem er statt cujus nomen pignori datum est lesen will, cujus nomine pignori datum est, und statt exacta ea creditorem secum pensaturum vermittelst einer doppelten Gemination die Worte: exactam eam a creditore creditorem secundum secum pensaturum, setzt, gestützt auf eine schon von der Glosse bemerkte Variante: exactam a creditore se compensaturum.

Auch diese Emendation hat augenscheinlich den Zweck, die Unbequemlichkeit verschwinden zu machen, daß Pomponius, auf dessen Entscheidung Marcian sich doch beruft, anscheinend einen ganz abseitliegenden Fall behandelt. Wir werden daher schon deshalb gegen diese Emendation sein, weil für uns jene Unbequemlichkeit und damit ein Bedürfniß nach einer Verbesserung der Stelle nicht existirt. Ueberdies führt sie auch zu falschen Anschauungen. Das cujus nomine pignori datum est ist deshalb falsch, weil Afterverpfändung, auch wenn man annehmen wollte, daß der Afterverpfänder die Sache verpfände, immer von dem Pfandgläubiger im eigenen Namen vorgenommen wird, wie Trotsche[2]) ganz richtig ausführt. Eine Verpfändung im Namen des Schuldners würde ganz andere Wirkungen haben; entweder wäre sie eine bedingte, nämlich bedingt durch die Zustimmung des Schuldners, oder, falls man fingirte, daß der Schuldner durch seine Verpfändung dem Pfandgläubi-

1) Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. 20. S. 228 ff.
2) A. a. O. S. 10 ff.

ger schon zu einer von diesem etwa vorzunehmenden Verpfändung zugestimmt hätte, in ihren Wirkungen von dem ferneren Bestehen des Pfandrechts des Afterverpfänders völlig unabhängig; es würde dann ja so angesehen werden, als habe der Eigenthümer selbst verpfändet, nur vertreten durch den Pfandgläubiger. In beiden Fällen würde aber das bestellte Pfandrecht, wie leicht ersichtlich ist, kein Afterpfandrecht sein. Es wird demnach bei der alten Lesart, cujus nomen pignori datum est, verbleiben müssen. Die zweite Aenderung, derzufolge dem Afterpfandgläubiger das Recht zustehen soll, die dem Afterverpfänder gezahlten Geldstücke mit der actio utilis hypothecaria zu verfolgen, ruht auf einer rein subjectiven Ansicht Huschke's, und erscheint demnach als eine durchaus willkürliche Emendation, der wir uns eben deshalb nicht anschließen, weil wir über diesen Punkt anderer Meinung sind. Auch hat die Emendation Huschke's in der Wissenschaft keinen Anklang gefunden.[1])

Die eigenthümliche Ansicht, die Hepp aus der l. cit. hergeleitet hat, nämlich, daß das nomen, von dessen Verpfändung Pomponius spreche, der Anspruch sei, der dem Afterverpfänder ex contractu pignoratitio gegen seinen Schuldner zustehe, ist schon oben angeführt und verworfen worden.

In den letzten praktischen Resultaten, die man aus der l. cit. herleitet, ist man übrigens so ziemlich einerlei Ansicht. So wird allgemein zugestanden, daß der Afterpfandgläubiger an dem von dem Schuldner geleisteten corpus ein Pfandrecht erwirbt. Die gegentheilige Ansicht, welche demselben hier sowohl wie beim Forderungspfandrecht nur ein Retentionsrecht zuerkennen will[2]), ist schon längst als falsch erkannt und verworfen worden.[3]) Nur hat man sich oft verleiten lassen, corpus für eine nicht fungible Sache zu nehmen und die pecunia als Repräsentantin der Fungibilien aufzufassen.[4]) Aus schon

1) Vgl. Brinz, Pand. I. S. 324.

2) Trotsche S. 114 ff. 134. Mühlenbruch S. 346. 347.

3) Vgl. Sintenis Streitfr. S. 26 ff. u. Pfandrecht S. 156 ff. v. Vangerow, Pand. I. S. 813. Dernburg, Pfandrecht I. S. 467. 468.

4) So z. B. Sintenis, Streitfr. S. 75. Pfandrecht S. 184. Trotsche

oben angeführten Gründen muß ich diese Ansicht theoretisch verwerfen [1]; doch kommt Beides praktisch auf dasselbe Resultat hinaus. Das Pfandrecht, welches ich dem Afterpfandgläubiger auch an allen geleisteten Fungibilien, die nicht Geld sind, zuerkenne, wird praktisch für ihn meistens ohne Bedeutung bleiben: es wird regelmäßig durch irgend welche äußere Vorgänge, namentlich durch Confusion, kaum entstanden, untergehen. Andererseits will man, ebenfalls gegen meine Ansicht, dem Afterpfandgläubiger auch an dem gezahlten Gelde ein Pfandrecht zuerkennen [2]; ich kann dies aus denselben Gründen nicht für richtig erkennen, die mich oben, bei der Lehre vom Forderungspfandrecht, bewogen, dort eine gleiche Behauptung zu verwerfen. Praktisch ist auch hier diese Meinungsdifferenz gleichgültig; auch dies Pfandrecht wird regelmäßig, seien die Münzen an den Afterverpfänder oder an den Afterpfandgläubiger gekommen, sofort durch Confusion vernichtet werden. Theoretisch bleibt der Punkt dennoch gleich wichtig; es handelt sich um einen Satz, an dem das innerste Wesen des Pfandrechts, wenigstens wie ich es auffasse, zu seiner Erscheinung kommt.

Als eine theoretische Begründung dieser praktischen Resultate erscheint die schon oben verworfene Ansicht, daß das subpignus zugleich ein pignus nominis sei. Daß jene Resultate auch ohne diese Annahme juristisch construirbar sind, hoffe ich gezeigt zu haben. Es verschwindet damit der Einwurf Dern-

---

S. 131. Mühlenbruch, 2. Aufl. S. 334; in der 3. Aufl. S. 345 Note 222 umgeht er den Punkt, um den es sich handelt.

1) Ausdrücklich spricht sich schon Hepp, civ. Arch. Bd. 13. S. 367. 368 eben dahin aus.

2) Diese Ansicht ist übrigens erst in neuerer Zeit aufgekommen. S. nam. Brinz, Pand. I. S. 324. Schmid, Cession I. S. 120 ff. 160. Nur Gaupp l. cit. hatte sie schon früher vertheidigt, aber ohne Erfolg. Uebrigens suchen die Schriftsteller, die mit uns hier einerlei Meinung sind, den Grund dafür, daß an Geld kein Pfandrecht weder vom Forderungsgläubiger noch vom Afterpfandgläubiger erworben wird, nicht wie wir in dem Wesen des Pfandrechts, sondern in der Unverfolgbarkeit des Geldes, also in einem äußerlichen Grunde, der das Geld mit allen Fungibilien auf gleiche Stufe stellt, vgl. Mühlenbruch 3. Aufl. a. a. O. v. Löhr, civ. Arch. Bd. 14. S. 163. Windscheid, Pand. I. §. 239 Note 16 u. A.

burg's[1]), daß unsere Ansicht „an die Stelle innerer Gesetzmäßigkeit Willkür und schrankenlose Billigkeit setze." Die anderweitigen praktischen Resultate, die, nur aus jener theoretischen Anschauung hergeleitet, in den Quellen ohne Bestätigung bleiben, sind demnach zu verwerfen. So werden wir also namentlich dem Afterpfandgläubiger nicht das Recht zusprechen, durch Denunciation an den Schuldner des Afterverpfänders eine später von diesem an seinen Gläubiger geleistete Zahlung sich gegenüber unwirksam zu machen; so werden wir auch dem Afterpfandgläubiger die actio utilis in personam gegen den Schuldner des Afterverpfänders unbedingt versagen.

---

1) Pfandrecht I. S. 481.

VI.

Inhalt des Afterpfandrechts.

Das Afterpfandrecht stellt, wie wir oben gesehen haben, den Inhalt des verpfändeten Pfandrechts seinem Subjecte völlig zu Gebote. In dieser völligen Herrschaft über das verpfändete Pfandrecht und die in demselben enthaltenen einzelnen Befugnisse liegt im Allgemeinen der Inhalt eines jeden Afterpfandrechts. Die äußere Gestaltung und Wirkung dieses Inhalts wird demnach nach der verschiedenen Erscheinungsform seines Objects wechseln. Unsere Darstellung muß daher die verschiedenen durch diesen Umstand bedingten Formen des Afterpfandrechts unterscheiden.

1. Afterpfandrecht an einem Sachenpfandrecht.

Das Sachenpfandrecht äußert sich formell in der unmittelbaren Unterwerfung der Sache unter den Willen des Berechtigten; es erwächst dem Pfandgläubiger aus seinem Pfandrecht darum die in rem actio hypothecaria, eine utilis rei vindicatio. Dieselbe Klage, dieselbe Herrschaftsbefugniß steht auch dem Afterpfandgläubiger zu; doch wirkt dieselbe nach außen hin natürlich nicht in Gestalt einer directa actio hyp., denn die Sache, auf welche die Klage sich richtet, ist dem Afterpfandgläubiger nicht verpfändet; die Klage, die demselben zusteht, ist nur eine utilis actio, eben weil nur das Pfandrecht an

gläubigers müßte eine directa sein; denn der Verpfändung unkörperlicher Sachen müßte ebenso eine directa actio hypothecaria entspringen, wie der Verpfändung körperlicher Sachen. Ganz richtig; nur ist dabei übersehen, daß in dem utilis, um es recht parador auszudrücken, der Sinn von directa hypothecaria steckt. Das Wort utilis deutet, wie schon oben erwähnt ist, an, daß die angestellte Klage nicht einem dem Kläger zustehenden Forderungs-, Servitutrecht u. s. w., sondern einem Pfandrecht an dem geltend gemachten Recht entspringe. Ebenso ist die utilis hypothecaria des Afterpfandgläubigers Ausdruck davon, daß er nicht ein Pfandrecht an der Sache, sondern ein Pfandrecht an dem geltend gemachten Pfandrecht verfolge.

Die älteren Juristen erklärten allerdings die utilis hyp. anders als wir. Sie sahen, wie oben ausgeführt ist, in der Afterverpfändung eine zweite Verpfändung der Sache selbst, und hielten die hypothecaria actio des Afterpfandgläubigers für eine utilis, weil ihm nicht der Eigenthümer, sondern nur ein Pfandgläubiger verpfändet habe.[1])

Trotsche[2]) hält die utilis actio für eine utilis Serviana, weil er eine utilis hypothecaria nicht erklärlich findet. Daß eine utilis hypothecaria hier wirklich am Platze sei, scheint mir aus dem Obigen hervorzugehen; es fällt daher das Bedürfniß fort, nach einer andern nicht so nahe liegenden Erklärung zu suchen.

Voraussetzung der actio hypothecaria des Afterpfandgläubigers ist Bestehen seines Afterpfandrechts; weder seine ihm gegen den Afterverpfänder noch die dem Afterverpfänder gegen seinen Schuldner zustehende Forderung darf durch solutio oder satisfactio getilgt sein; weder durch ihn, noch durch den Afterverpfänder darf verhindert sein, quominus ei solvatur satisve fiat. Die negativen Voraussetzungen der actio hypothecaria: neque debitum solutum eove nomine satisfactum esse, aut

1) Vgl. die in der Einleitung zusammengestellte ältere Literatur.
2) A. a. O. S. 56.

per Am. Am. stare, quominus solvatur satisve fiat, wiederholen sich also in der Afterpfandklage zweimal, einmal für das verpfändete Pfandrecht, das andere Mal für das Afterpfandrecht selbst.[1])

Die Möglichkeit der Anstellung der Afterpfandklage hängt überhaupt in jedem Punkt von der Möglichkeit der dem verpfändeten Pfandrecht entspringenden actio hypothecaria ab. In dieser Hinsicht wird es auch von Wichtigkeit, ob dem Afterverpfänder ein Faustpfand oder eine Hypothek bestellt war. Im ersten Fall kann der Afterpfandgläubiger, sobald die Zeit der Geltendmachung seiner Forderung gekommen ist, sich stets sofort in den Besitz der Sache setzen, weil das Besitzrecht seines Verpfänders schon existent und wirksam ist; im zweiten Fall muß er damit warten, bis auch für den Afterverpfänder die Zeit der Anstellung seiner actio hypothecaria gekommen ist. Für das Afterpfandrecht selbst kann man genau genommen ein Afterfaustpfand und eine Afterhypothek nicht unterscheiden, denn das Pfandrecht, welches Object des Afterpfandrechts ist, kann nicht besessen werden. Nur ein äußerlich ähnliches Verhältniß ist möglich, indem die Afterverpfändung bald mit Uebergabe der Sache verbunden sein, bald ohne dieselbe geschehen kann. Die Quellen setzen regelmäßig den ersten Fall voraus; daher die häufige Redewendung pignus pignori dare. Dennoch wird auch hier ein wirkliches pignus nicht begründet, denn die Sache, die auf diese Weise in den Besitz des Afterpfandgläubigers tritt, ist ihm nicht verpfändet. Von Bedeutung wird der hier behandelte Umstand nicht für die Gestaltung des Afterpfandrechts selbst, sondern nur für die praktische Geltendmachung desselben in actio utilis hypothecaria und possessorischen Interdicten. Die Möglichkeit der actio hypothecaria entsteht in diesem Falle nämlich sofort durch Begründung des Afterpfandrechts; so wie der Afterpfandgläubiger den Besitz verliert, kann er denselben sich sogleich vermittelst dieser Klage wieder verschaffen. Darum schließt die l. 13 §. 2 cit. an den Satz: Quum pignori rem pignoratam accipi posse

---

1) Vgl. Schmid a. a. O. S. 157 ff.

placuerit, sofort im Präsens die Wirkung an: et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Die Voranstellung der exceptio beweist überdies noch, daß der Jurist an den Fall denkt, wo die res pignorata in den Besitz des Afterpfandgläubigers übergegangen ist. Ist der Besitz der Sache nicht übertragen, so treten einfach die oben angegebenen Grundsätze in Wirkung. Es ist die Möglichkeit der Afterpfandklage also wenigstens immer davon abhängig, daß die Forderung des Afterpfandgläubigers Geltendmachung des Pfandrechts verlange. Das Nähere über diesen Punkt gehört in die Lehre vom Pfandrecht überhaupt. Ueberdies erwirbt der Afterpfandgläubiger an der ihm übertragenen Pfandsache juristischen Besitz, also neben der actio hypothecaria utilis die possessorischen Interdicte. Dies bezeugt die l. 14 §. 3 D. de temp. praescr. (44, 3), welche den Afterpfandgläubiger zu denjenigen rechnet, die sich bei dem interdictum utrubi die Zeit, in der seine Vorgänger, hier der erste Verpfänder und der Afterverpfänder, besessen haben, anrechnen können.[1])

So macht sich das Afterpfandrecht nach außen hin in der actio utilis hypothecaria, geeigneten Falls in der exceptio hypothecaria, der Afterpfandbesitz in den possessorischen Interdicten geltend.

Darüber, wie sich der Inhalt des Afterpfandrechts, als Recht auf den Vermögenswerth seines Objects, befriedigt, ist schon oben bei der Begriffsbestimmung des Afterpfandrechts das Wichtigste kurz angedeutet worden. Es bedarf hier nicht des Rechts, das ihm unterliegende Object zu verkaufen, um den Vermögenswerth desselben herzustellen; es bedarf nur der vollen Ausübung des

1) Vgl. v. Savigny, Recht des Besitzes, 6. Aufl. S. 493. 494 Note 4. — Daß der §. 1 der l. 14 cit. diejenigen, welche ein Recht auf Anrechnung der Besitzzeit ihres Vorgängers haben (und damit also auch den Pfand- und Afterpfandgläubiger), als solche bezeichnet, qui in locum aliorum succedunt, ist einer der stärksten Gründe Schmid's für seine ihm zur Grundlage der Lehre vom Pfandrecht dienende Successionstheorie. Man vgl. aber das pr. eod.: De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate.

ihm unterworfenen Rechts, denn in seiner eigenen vollen Ausübung producirt das Pfandrecht seinen Vermögenswerth. Das in dem hier betrachteten Fall afterverpfändete Sachenpfandrecht ist gerichtet auf den Vermögenswerth der ihm unterworfenen Sache. Es stellt den Vermögenswerth derselben durch ihren Verkauf her; das Sachenpfandrecht enthält demnach das Recht der Veräußerung der verpfändeten Sache. In dieser Veräußerung findet es die volle Ausübung seines Inhalts. Das Afterpfandrecht stellt, wie jede andere in dem verpfändeten Pfandrecht liegende Befugniß, auch diese Verkaufsbefugniß dem Afterpfandgläubiger zu Gebote.

Der Afterpfandgläubiger hat demnach das Recht, die dem verpfändeten Pfandrecht unterworfene Sache zu veräußern.

Wenn dem Sachenpfandrecht aber auch die ganze Sache unterworfen ist, um den Vermögenswerth derselben durch Verkauf herzustellen (pignoris causa est individua), so darf der Pfandgläubiger dennoch von dem erhaltenen Kaufpreis nur so viel für sich behalten, als hinreicht, um ihn für seine Forderung zu befriedigen. Das Afterpfandrecht ist nun seinerseits auf die Quote des Werthes des verpfändeten Pfandrechts gerichtet, welche der Forderung des Afterpfandgläubigers gegen den Afterverpfänder gleichkommt. In seiner Disposition über die afterverpfändete Sache ist der Afterpfandgläubiger also, falls er dieselbe verkauft und sich aus dem Erlös befriedigen will, an eine doppelte Grenze gebunden. Er darf die Summe nicht überschreiten, auf die das verpfändete Pfandrecht sich richtet, denn nur in dieser bestimmten Quote besteht der Vermögenswerth des ihm verpfändeten Objects; er darf ferner von dieser Quote nur so viel für sich verwenden, als dem Vermögenswerth gleichkommt, den er vom Afterverpfänder zu fordern hat, denn nur auf diesen Vermögenswerth richtet sich sein Afterpfandrecht.

Diese Sätze, Consequenzen unserer Ansicht, finden denn auch in den Quellen unmittelbar ihre Bestätigung.

Das Recht des Afterpfandgläubigers, die Sache zu veräußern, die dem verpfändeten Pfandrecht unterworfen ist, wird bezeugt in der

l. 1 C. si pign. pignori (8, 24):

— — Quodsi — — ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit, non posse venditionem, post soluta pecunia, rescindi —

Andererseits giebt die schon öfter angezogene l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1) die Grenze an, innerhalb deren der Afterpfandgläubiger zum Zweck seiner Befriedigung über den erhaltenen Kaufpreis verfügen kann, mit den Worten:

— — quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, — —

d. h. „soweit die beiden Forderungen, nämlich die des Afterver„pfänders gegen seinen Schuldner und die des Afterpfandgläu„bigers gegen den Afterverpfänder, in der Quantität Vermögens„werth sich decken, auf die sie sich richten, soweit ist dem After„pfandgläubiger das Pfand verhaftet, soweit kann er sich aus „dem Vermögenswerth desselben befriedigen.

Unnütz ist der Streit darüber, ob quatenus hier nicht etwa den Sinn von quamdiu habe. Die letztere Ansicht ist namentlich von Huschke[1]) vertreten. Beide Sätze, das Afterpfand hafte so lange und so weit als beide Forderungen, neben einander bestehend, sich decken, sind gleich richtig und gleichermaßen auch allgemein anerkannt. Mathematisch zwingender Beweis kann weder für die eine noch für die andere Uebersetzung erbracht werden. Der Zusammenhang der Stelle scheint jedoch für die von uns gewählte Uebersetzung zu sprechen, weil sonst der Jurist in dem den angeführten Worten folgenden Satze: Quodsi dominus solverit pecuniam etc. sogleich noch einmal wiederholen würde, was er nach der Ansicht der Gegner schon mit den Worten quatenus utraque pecunia debetur gesagt haben soll. Nach unserer Erklärung ist aber Alles im besten Einklange. Mit den letzten Worten sagt er, daß bei der Begründung des Afterpfandrechts dasselbe auf denjenigen Theil des

1) De pignore nominis p. 29 not. y. Ihm schließt sich Mühlenbruch, 3. Aufl. S. 344 Note 220 an. Die allgemein angenommene Uebersetzung ist die, die wir vorgetragen haben.

Vermögenswerthes der Sache gerichtet sei, der gleichermaßen in der Forderung des Afterpfandgläubigers wie des Afterverpfänders enthalten ist. Der folgende Satz: Quodsi dominus u. s. w. giebt dann das Princip an, demzufolge das Afterpfandrecht in seinem Bestehen afficirt wird, falls der dominus Zahlung leistet: die Zahlung tilgt entweder ganz das Afterpfandrecht, oder mindert doch, falls nur zum Theil gezahlt ist, den Vermögenswerth, auf den das Afterpfandrecht sich richtet.

Die Wirkung des von dem Afterpfandgläubiger vorgenommenen Verkaufs ist genau dieselbe, wie wenn der Afterverpfänder selbst verkauft hätte. Der Käufer erwirbt also, sobald er gezahlt und sobald ihm tradirt ist, sofort Eigenthum. Bestätigt wird dieser Satz durch die schon oben benutzte l. 1 C. si pign. pignori (8, 24), welche für den Fall, wo dem Afterverpfänder nur der ususfructus verpfändet war, dieser aber das Grundstück selbst (possessio) afterverpfändete, dem durch den Afterpfandgläubiger geschehenen Verkauf der Sache die Wirkung abspricht: dominio vos privare nequivit. Das argumentum a contrario ergiebt den von uns aufgestellten Satz. Die von Schmid[1]) aufgestellte Ansicht, daß der Käufer zunächst durch den Verkauf vermittelst fingirter Cession der Afterpfandklage Pfandrecht erhalte, ist Ausfluß eines Princips, das hier seine nähere Erörterung nicht finden kann.

Der Afterpfandgläubiger erwirbt seinerseits an den gezahlten Geldstücken sofort Eigenthum, denn diese Geldstücke repräsentiren unmittelbar den Vermögenswerth, den sein Afterpfandrecht erstrebt, ebenso wie der Forderungspfandgläubiger an den gezahlten nummi, der Sachpfandgläubiger an dem gezahlten Kaufpreis unmittelbar Eigenthum erwirbt. Schmid's eigenthümliche, auf Quellenzeugnisse nicht gestützte Deduction[2]), daß „der After„pfandgläubiger an dem Kaufgelde zuvörderst in Vertretung des „Afterverpfänders für den ersten Verpfänder Eigenthum und für „den Afterverpfänder Pfandbesitz, in eigener Vertretung aber für

1) A. a. O. S. 249.
2) Ebendas.

„sich selbst Afterpfandbesitz erwirbt, darauf, soweit der Afterver„pfänder berechtigt ist, um sich bezahlt zu machen, sein Pfand„recht und seine Forderung mit seiner Pfandrückgabeverbindlichkeit „zu compensiren, für den Afterverpfänder dauernde Befriedigung, „endlich soweit ihn die Fälligkeit der eigenen Forderung berechtigt, „sich selbst bezahlt zu machen, durch Compensation seiner Forderung „und seines Afterpfandrechts mit der Afterpfandrückgabeverbindlich„keit, für sich selbst dauernde Befriedigung“ u. s. w. scheitert an der eigenen Künstlichkeit. Sie setzt überdies voraus, daß der Pfandgläubiger berechtigt sei, an dem ihm verpfändeten, oder gar afterverpfändeten Object sich durch eigene Handlung in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger Eigenthum zu verschaffen. Diese Befugniß steht ihm niemals zu, wie dies namentlich die Lehre von dem jus dominii impetrandi deutlich zeigt. Ein zufälliger äußerer Vorgang, z. B. Confusion, kann ihn zum Eigenthümer von verpfändeten Fungibilien machen; niemals kann er in einer solchen Handlung ein ihm als Pfandgläubiger zustehendes Recht ausüben.

Die Frage, von welchen Voraussetzungen die Geltendmachung des dem Afterpfandgläubiger zustehenden Verkaufsrechts abhängig sei, beantwortet sich leicht, wenn man beachtet, daß in diesem Verkauf der Afterpfandgläubiger zugleich einerseits das dem verpfändeten Pfandrecht und andererseits das dem Afterpfandrecht innewohnende Recht auf den Vermögenswerth seines Objects geltend macht. Der Verkauf ist zugleich Ausübung des verpfändeten Pfandrechts und des Afterpfandrechts; vermittelst desselben stellt er zunächst den Vermögenswerth der Sache, in diesem den Vermögenswerth des verpfändeten Pfandrechts her. Daß diese Geltendmachung des verpfändeten Pfandrechts für das Afterpfandrecht dieselbe Bedeutung hat, wie der Verkauf der Sache für das Sachenpfandrecht, ist klar. Ebenso steht andererseits die Geltendmachung der verpfändeten Forderung dem Verkauf der Sache gleich. In allen Fällen vollzieht sich derselbe juristische Vorgang: indem der Pfandgläubiger den Vermögenswerth des ihm verpfändeten Objects herstellt, tritt dasselbe aus dem Vermögen des Verpfänders heraus, entweder indem

es untergeht, wie beim Afterpfand und dem Forderungspfand, oder indem es in das Vermögen eines Anderen übergeht. Diese Wirkungen der vollen Geltendmachung des Pfandrechts haben die Bestimmungen über die Voraussetzungen derselben, namentlich die Anordnung von gesetzlichen Fristen, zur Folge gehabt, damit während derselben der Verpfänder das Pfandobject noch durch Zahlung vom Pfandrecht befreien könne. Ihre besondere Ausbildung haben diese Bestimmungen für das Sachenpfandrecht gefunden, als für den regelmäßigen Fall; daß sie auch auf die anderen Arten des Pfandrechts ihre Anwendung finden müssen, in welcher Form sich auch der dem Pfandrecht innewohnende Inhalt äußern mag, leidet nach dem Gesagten keinen Zweifel.

Demnach muß der veräußernde Afterpfandgläubiger

1) dem Eigenthümer gegenüber die Solennien des Pfandverkaufs einhalten, ganz auf dieselbe Weise, wie der Afterverpfänder es müßte, denn in dem Verkauf übt der Afterpfandgläubiger das Pfandrecht seines Verpfänders aus. Eine zwischen dem Afterverpfänder und Eigenthümer abgeschlossene Vereinbarung über den Verkauf der Sache[1]) würde demnach ebenso bindend resp. berechtigend sein für den Afterpfandgläubiger, wie sie für den Afterverpfänder bindend oder berechtigend ist, sei es nämlich, daß die für den Verkauf bestimmte gesetzliche Frist abgekürzt oder verlängert, oder gar ein pactum de non vendendo abgeschlossen sei. Ebenfalls muß der Afterpfandgläubiger an den dominus ebenso denunciren, wie es der Afterverpfänder müßte, u. s. w. Die dabei obwaltenden Streitfragen, ob mora des Schuldners erforderlich sei, oder nicht u. s. w.[2]), können hier ihre Erledigung nicht finden.

2) muß der Afterpfandgläubiger aber auch die Solennien des Verkaufs dem Afterverpfänder gegenüber einhalten, weil er in dem Verkauf der Sache zugleich sein eigenes Pfandrecht an dem Pfandrecht des Verpfänders ausübt. Es muß die Schuld

---

1) l. 3 §. 1 C. de jure dom. (8, 34).
2) S. Arndts, Pand. §. 375. Anm.

des Afterverpfänders fällig sein, es muß an ihn denuncirt werden, u. s. w.

Der unter 2) aufgestellte Satz ist bisher noch nicht anerkannt worden[1]); von unserer Ansicht aus ist er nothwendige Consequenz.

Einen Grund für die gegnerische Ansicht finden wir nur bei Trotsche angeführt. Er meint, daß der Afterverpfänder dem Afterpfandgläubiger gegenüber ganz die Stellung eines nachstehenden Pfandgläubigers einnehme; ein nachstehender Pfandgläubiger habe aber nicht das Recht, daß ihm gegenüber die Solennien des Verkaufs inne gehalten würden. Die Grundlosigkeit des von Trotsche als maßgebend aufgestellten Princips wird im nächsten Paragraphen erhellen; mit diesem erweist sich auch die von ihm hier gezogene Folgerung als unrichtig.

Dagegen behauptet Trotsche[2]) andererseits wieder zuviel, wenn er meint, der Afterpfandgläubiger müsse, um mit Erfolg veräußern zu können, zuvor den Afterverpfänder wegen seiner persönlichen Schuld erfolglos ausgeklagt haben. Eine solche Voraussetzung findet sich in den Quellen für die Ausübung eines Pfandrechts nirgends vorgeschrieben. Der Grund, daß dem besitzenden dominus, wie jedem Besitzer, die exceptio excussionis (personalis) zusteht, beweist zu viel, denn danach müßte auch der Afterverpfänder, dessen Pfandrecht der Afterpfandgläubiger ja zugleich in dem Verkauf ausübt, zuvor den dominus erfolglos ausgeklagt haben, weil auch dem Afterverpfänder gegenüber der dominus jene Einrede haben würde. Die letztere Consequenz läugnet Trotsche allerdings mit an sich richtigem praktischen Takt; doch ist sein Grund für diese Ausnahme einzig der, daß Niemand sich auf seinen eignen dolus berufen dürfe. Wie darin ein dolus liegen sollte, daß Jemand nicht sofort, sobald er schuldig ist zu zahlen, wirklich leistet, ist nicht zu ersehen. Die Gründe für ein solches Unterlassen sofortiger Zahlung können ja die allerverschiedenartigsten sein. Am besten wird es sein, die ganze

---

1) S. Trotsche a. a. O. S. 46. 47. Schmid a. a. O. S. 249.
2) A. a. O. S. 48 ff.

Regel fallen zu lassen, damit wir einer so künstlich begründeten Ausnahme nicht bedürfen. Wenn wir aus den Quellen ersehen, daß die actio hypothecaria eines jeden Pfandgläubigers durch gewisse Einreden ausgeschlossen wird, so folgt daraus nur, daß der Pfandgläubiger in der Geltendmachung seines Pfandrechts gegen Dritte gehindert sein kann; ein Schluß davon auf Behinderung des Pfandgläubigers in der Ausübung seines Rechts ist völlig unzulässig. Die exceptio tritt immer nur der actio in rem, nicht dem dinglichen Recht beschränkend gegenüber. Dadurch daß ein Dritter besitzt, kann der Afterpfandgläubiger also wohl zufällig an der Ausübung seines Verkaufsrechts verhindert werden, weil das Mittel, die Pfandklage, ihm versagt, vermöge dessen er sich die Möglichkeit des Verkaufs verschaffen will, die Einrede, die ihn hindert, kann die exceptio excussionis, sie kann aber auch eine andere sein. Daß er darum, falls er selbst besitzt, ebenfalls nicht veräußern könnte, ist ebenso falsch geschlossen, wie wenn man beweisen wollte, daß er deshalb auch durch Besitz sein Pfandrecht nicht ausüben dürfte, denn am Besitz hindert ihn die exceptio ebensowohl wie an dem unmittelbaren Verkauf der Sache selbst.

Neben dem Veräußerungsrecht müssen wir dem Afterpfandgläubiger als besondere Art der Ausübung des ihm verpfändeten Pfandrechts auch das jus dominii impetrandi zugestehen.[1])

Nachdem wir so die Rechte kennen gelernt haben, welche dem an einem Sachenpfandrecht constituirten Afterpfandrecht entspringen, wird es uns leicht sein, die Wirkungen darzustellen, welche das Afterpfandrecht äußert, falls dem verpfändeten Pfandrecht Rechte irgend welcher Art unterliegen. Die eben aufgestellten Grundsätze finden einfach ihre analoge Anwendung.

2. Afterpfandrecht an einem Pfandrecht an Rechten.

Ist das afterverpfändete Pfandrecht ein Pfandrecht an einer Servitut, so entspringt für den Afterpfandgläubiger das Recht

1) Vgl. Trotsche S. 50. 51. Von der lex commissoria, die Trotsche hier noch behandelt, haben wir nicht zu reden, weil wir nicht die Sache selbst als dem Afterpfandgläubiger verpfändet ansehen.

der Ausübung der Servitut, geschützt durch die utilis actio confessoria. Diese utilis actio confessoria steht mit der oben besprochenen utilis in rem actio hypothecaria völlig auf gleicher Stufe; sie ist abhängig von dem Bestehen des verpfändeten Pfandrechts wie von dem Bestehen des Afterpfandrechts selbst, und wirkt gegen jeden Dritten. Ebenfalls steht ihm unter den oben angegebenen Voraussetzungen das Recht der Veräußerung der Servitut zu. An dem gezahlten Kaufpreis erwirbt er Eigenthum; der Käufer der Servitut erwirbt dieselbe gerade so, als wenn der Afterverpfänder veräußert hätte. Das Nähere über diesen Punkt ist oben, wo wir von der Verpfändung der Servituten sprachen, gesagt.

Ist ein Pfandrecht an Emphyteuse oder Superficies in Afterpfand gegeben, so hat der Afterpfandgläubiger einerseits die utilis in rem actio, andererseits das Recht, Emphyteuse, resp. Superficies zu veräußern.

Interessanter ist der Fall, wo ein Forderungspfandrecht afterverpfändet ist. Der Inhalt des Forderungspfandrechts, nämlich utilis actio in personam und accessorisch neben derselben auch das Recht, die Forderung zu veräußern, ist seinerseits dem Afterpfandrecht unmittelbar unterworfen. Auch dem Afterpfandgläubiger muß also die utilis actio in personam gegen den Schuldner des ersten Verpfänders zustehen, zugleich als Ausdruck seiner ihm über das Forderungspfandrecht zustehenden unmittelbaren Macht, und als Mittel, den Inhalt seines Afterpfandrechts zu befriedigen; neben dieser Forderungsklage hat er auch das Recht, die Forderung zu veräußern. Dem Schuldner des ersten Verpfänders gegenüber wird er sich die Ausübung seines Rechts, ebenso wie der Afterverpfänder es thun konnte, durch Denunciation sichern. Der Schuldner ist nach geschehener Denunciation gegen seinen Gläubiger und den ersten Pfandgläubiger durch exceptio doli geschützt und dem Afterpfandgläubiger allein durch die actio utilis verhaftet.

Uebt der Afterpfandgläubiger sein subpignus nominis durch Verkauf der Forderung aus, so wird die Forderung auf den Käufer übergehen, wie wenn der Afterverpfänder sie an ihn ver-

kauft, also wie wenn der erste Gläubiger sie ihm cedirt hätte. An dem gezahlten Kaufpreise erwirbt der Afterpfandgläubiger Eigenthum; er kann aber zu seiner Befriedigung nur von dem Theil, den der Afterverpfänder für sich hätte verwenden können, diejenige Quote zurückbehalten, die seiner ihm gegen diesen zustehenden Forderung gleichkommt. Es wirkt hier ebenso wie bei der subpignoratio rei der Satz: quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur.

Benutzt der Afterpfandgläubiger sein Recht, das aus der Forderung Geschuldete entgegenzunehmen, resp. einzuklagen, so wird ihm an dem gezahlten Gelde unmittelbar Eigenthum, an dem gezahlten corpus Afterpfandrecht erwachsen. Der Grund für diese Erscheinung ist derselbe, aus dem wir schon andere gleichartige Wirkungen hergeleitet haben. Ist Geld gezahlt, so hat das Pfandrecht sein letztes Ziel erreicht, und geht damit in seiner Befriedigung unter; ist eine Sache geleistet, so setzt sich das verpfändete Pfandrecht fort, weil es den Vermögenswerth, auf den es sich richtet, noch nicht gefunden, sondern nur an die Stelle des bisherigen Objects, welches diesen Vermögenswerth in sich enthielt, ein anderes getreten ist. Hier wird nun der Satz praktisch, daß das pignus rei, welches sich auf diese Weise aus dem pignus nominis entwickelt hat, genau dasselbe Pfandrecht geblieben und nicht etwa ein neues ist, welches an die Stelle eines untergegangenen getreten. Mit dem verpfändeten Pfandrecht bleibt auch das an demselben constituirte Afterpfandrecht bei Bestand.

Für den letzten Fall treten also von diesem Augenblick die Grundsätze des subpignus rei in Kraft. Für den Fall, wo Geld geleistet ist, befriedigt der Afterpfandgläubiger sich aus demselben ebenso wie aus dem gezahlten Kaufpreise. Auch hier wirkt also der Grundsatz: quatenus utraque pecunia debetur u. s. w.

Die Voraussetzungen für die Ausübung dieses dem Afterpfandgläubiger zustehenden Verkaufs- und Klagerechts sind genau dieselben, die wir oben für das Verkaufsrecht des Sach-

afterpfandgläubigers angegeben haben. Das jus exigendi steht auch hier dem jus distrahendi völlig gleich.

Hiemit sind die speciell afterpfandrechtlichen Grundsätze, die über das subpignus nominis gelten, erledigt.

Die abweichenden Ansichten Trotsche's[1]) sind Consequenzen von schon früher widerlegten Principien. Die Punkte, die derselbe sonst noch a. a. O. behandelt, gehören in die Lehre vom Forderungspfandrecht.

Endlich kann auch ein Afterpfandrecht Gegenstand des Afterpfandrechts sein; der Afterpfandgläubiger kann selbst wieder afterverpfänden. Die Wirkungen eines solchen Afterpfandrechts an einem Afterpfandrecht werden verschieden sein, je nachdem dem afterverpfändeten Afterpfandrecht ein Pfandrecht an einer Sache oder ein Pfandrecht an Rechten, also an Servituten, Emphyteuse, Superficies u. s. w. oder endlich ein Pfandrecht an einem Pfandrecht, also ein Afterpfandrecht unterliegt. Wir stehen hier demnach an einem Punkte, wo sich auf's Neue eine unendliche Reihe von Pfandrechten verschiedener Art eröffnet, eine Folge davon, daß das Pfandrecht im Afterpfandrecht zu sich selbst zurückkehrt und damit die Fähigkeit gewinnt, aufs Neue und immer wieder aufs Neue seinen Kreislauf durch die verschiedenartigsten Vermögensstücke zu beginnen. Das Nähere über diesen Punkt wird man uns erlassen; die angegebenen Grundsätze sind leicht weiter anzuwenden.

Nur der Curiosität wegen mag hier zum Schluß der Streit seine Stelle finden, den die älteren Juristen darüber führten, ob ein pignus öfter zu Afterpfand gegeben werden kann. Durantis[2]) behauptete, ein pignus könne nicht öfter als dreimal verpfändet werden, ut evitetur infinitas, mit Berufung auf c. 2 de rescriptis in VI. I, 3:

> Quum in multis juris articulis infinitas reprobetur, provide duximus statuendum, ut per illam generalem clausulam, Quidam alii, quae frequenter in

1) A. a. O. S. 75 ff.

2) Speculum judiciale, tit. de pignoribus §. 1

literis nostris inseritur, ultra tres vel quatuor in judicium non trahantur — —

Auch Abbo von Fleuri verwandte in seiner Canonensammlung[1]) diese Stelle auf ähnliche Weise für unsere Frage. Ludovicus Romanus (lebte von 1409—1439) stimmte später dem Durantis bei in seinen comment. de jur. civil. libris, in l. 13 §. 15 D. de damm. inf. (39, 2):

— — neque enim in infinitum obligatus esse debet stipulatione — —

Gegen Durantis erklärte sich Baldus, Angelus Perusinus in l. 1 C. si pign. pignori (8, 24) und Alexander Tartagnus in l. 13 §. 15 cit., Letzterer seinerseits mit Berufung auf l. 7 §. 1 D. de edendo (2, 13):

— — potest fieri, ut bis editam sibi rationem quis perdiderit, ut verbum iterum pro saepius accipiatur.

Die Ansicht des Baldus war die der späteren Jurisprudenz[2]), allerdings auch hier aus dem falschen Grunde: quia jus quaesitum nobis in pignore est reale et ab ossibus nostris de facili transit, sicut dominium, quod est transitorium de persona in personam per mille manus, et semper remanet idem dominium u. s. w.[3])

In dem Bisherigen hat sich gezeigt, wie das verpfändete Pfandrecht dem Afterpfandrecht seinen materiellen wie formellen Inhalt vollständig mittheilt; daran ist hier nur noch die kurze Bemerkung anzuknüpfen, daß das Afterpfandrecht ebenso an allen übrigen Eigenschaften des verpfändeten Pfandrechts Theil nimmt, die für die Geltendmachung desselben, resp. für dessen Existenz von Bedeutung werden. So werden Bedingung und

1) Bei Mabillon, vetera analecta ed. 2. Paris 1723 f. p. 133—148.

2) Vgl. Negusantius de pignor. et hyp. pars 2 membr. 3 num. 20. Mudaeus, de pign. et hyp. tit. quae res obl. num. 17. Jedoch dagegen noch Bachov. de pign. et hyp. lib. 2. cap. 9.

3) Auf demselben Standpunkt stehen später noch Brunnemann ad l. 1 C. si pign. pignori (8, 24) und ad l. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1) und Gmelin l. cit. S. 236.

dies, die dem verpfändeten Pfandrecht beigefügt sind, auch für das Afterpfandrecht von unmittelbarer Bedeutung; es wird durch die Bedingung ebenso wie das verpfändete Pfandrecht suspendirt, und durch den dies in seiner Geltendmachung hinausgeschoben. Ebenso nimmt das Afterpfandrecht aber auch den Pfandrechten gegenüber, die Dritte an der Sache selbst erworben haben, an den Privilegien Theil, die dem verpfändeten Pfandrecht vor diesen den Vorzug geben; wie es auch andererseits solchen Pfandrechten nachsteht, die durch Alter oder Privileg dem afterverpfändeten Pfandrecht vorgehen. So wird der unprivilegirte Afterpfandgläubiger eines privilegirten Pfandgläubigers den anderen an der Sache Pfandberechtigten vorgehen, und wiederum der privilegirte Afterpfandgläubiger eines unprivilegirten Pfandgläubigers den Privilegien anderer Sachpfandgläubiger den Vorrang zugestehen müssen.[1])

Diese Sätze sind Consequenzen des Umstandes, daß das Afterpfandrecht sich nach außen hin einzig mit den in dem verpfändeten Pfandrecht liegenden Rechten geltend macht. Die Kraft und Wirksamkeit des verpfändeten Pfandrechts ist darum auch unmittelbar für das Afterpfandrecht maßgebend.

1) Vgl. Schmid S. 143.

VII.

Rechtliche Stellung des Afterverpfänders.

Der Afterverpfänder ist zunächst Gläubiger des ersten Verpfänders, und zugleich seinerseits dem ersten Verpfänder aus dem zwischen ihnen beiden abgeschlossenen Pfandcontract persönlich verpflichtet. In dieser Rücksicht ändert die vor sich gegangene Afterverpfändung Nichts. Der Afterverpfänder bleibt namentlich ganz in derselben Weise wie bisher seinem Schuldner gegenüber forderungsberechtigt, denn in der Afterverpfändung liegt, wie wir gesehen haben, keine Verpfändung dieser Forderung.

Der Afterverpfänder ist ferner dem Afterpfandgläubiger gegenüber aus dem zwischen ihnen abgeschlossenen Afterpfandcontract persönlich berechtigt. Hier wird der Satz von Bedeutung, den Dernburg[1]), meines Erachtens, bewiesen hat, daß nämlich die actio pignoratitia nicht den Abschluß eines Pfandrealcontracts voraussetzt, sondern Begleiterin eines jeden Pfandrechts ist, sei dasselbe Faustpfand oder Hypothek. Das Afterpfand kann nämlich, wie schon früher ausgeführt ist, nur durch bloßen Vertrag, nicht durch Hingabe seines Objects zu Stande kommen, eben weil sein Object des Besitzes nicht fähig ist. Dennoch wird dem Afterverpfänder unstreitig die actio pignoratitia directa stets zugestanden werden müssen, desselben Inhalts, wie

1) Pfandrecht I. S. 138—141. Vgl. Brinz, Pand. I. S. 314. 315. Dagegen neuerdings Schmid, a. a. O. S. 72 ff.

jede andere Klage dieser Art. Der Afterverpfänder wird mit derselben namentlich, sobald er die dem Afterpfandgläubiger gegen ihn zuständige Forderung getilgt, Herausgabe des Afterpfandobjects, falls dasselbe im Besitz des Afterpfandgläubigers ist, fordern können. Hatte der erste Schuldner an den Afterpfandgläubiger ein corpus geleistet, ein Vorgang, der, wie wir oben gesehen, dies corpus dem Pfandrecht des Afterpfandgläubigers unterwirft, so geht die actio pignoratitia unter derselben Voraussetzung auf Restitution dieses corpus. Hat der Afterpfandgläubiger sich durch Veräußerung befriedigt, oder von dem zahlenden dominus Geld entgegengenommen, so verpflichtet ihn die actio pignoratitia, die hyperocha an den Pfandgläubiger herauszugeben. Ueberdies haftet der Afterpfandgläubiger dieser Klage gegenüber für diligentia diligentis patrisfamilias.

Seinerseits ist der Afterverpfänder dem Afterpfandgläubiger durch die actio pignoratitia contraria zu Prästation von bona fides verpflichtet. Voraussetzung und Gegenstand dieser Klage haben hier nichts Besonderes.

Schwieriger ist die Beantwortung der Frage, wie die Stellung des Afterverpfänders als Pfandgläubiger sich gestaltet. Hat derselbe namentlich noch die Befugniß, die actio hypothecaria anzustellen? kann er, falls z. B. eine Sache ihm verpfändet war, dieselbe noch veräußern? u. s. w.

Als Princip für die Beantwortung dieser Frage hat man den Satz aufgestellt, der Afterverpfänder stehe ganz wie ein posterior creditor; der Afterpfandgläubiger sei der potior.[1]) Diese Ansicht werden wir schon deshalb verwerfen, weil sie voraussetzt, daß Beide, Afterverpfänder und Afterpfandgläubiger, unmittelbar an dem Pfandobject pfandberechtigt seien. Sie ist auch in den Quellen nirgends bestätigt. Die l. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. (44, 3) nennt den Afterpfandgläubiger allerdings potior, dem Afterverpfänder gegenüber, aber, wie sie selbst klar genug ergiebt, nur in Beziehung auf das interdictum

---

1) Trotsche S. 37. Aehnlich Gesterding Ausbeute Bd. 4 Thl. 1. S. 199. 209. v. Löhr, Archiv Bd. 14 S. 164.

utrubi, von dem sie redet. Sie sagt, der Afterpfandgläubiger würde in diesem Interdict dem Afterverpfänder vorgehen, wie dieser dem dominus. Ebensowenig wie man hieraus folgern kann, daß der dominus dem Afterverpfänder gegenüber posterior creditor sei, kann man einen solchen Schluß für das zwischen dem Afterverpfänder und Afterpfandgläubiger bestehende Verhältniß ziehen.

Die andere Ansicht, von der aus sich ein Princip für Beantwortung unserer Frage aufstellen ließe, daß nämlich Afterverpfändung Uebertragung des Pfandrechts sei, haben wir schon früher verworfen.

Wir werden unsere Frage richtig nur nach der Analogie der anderen Verpfändungsfälle beurtheilen können.

Soviel ist zunächst gewiß, daß das verpfändete Pfandrecht im Vermögen des Afterverpfänders bleibt, eben so wie die Sache des verpfändenden Eigenthümers in dessen Vermögen u. s. f. Jede Disposition des Afterverpfänders über sein Pfandrecht, die nicht als Ausübung des Inhalts desselben, sondern lediglich als Folge und Ausdruck dieses juristischen Factums erscheint, wird demnach bei Bestand bleiben. Der Afterverpfänder kann darum beliebig das Pfandrecht veräußern, z. B. mit der Forderung an einen Dritten übertragen, ebenso wie der Eigenthümer die von ihm verpfändete Sache beliebig veräußern kann. Doch wird dort wie hier das an dem veräußerten Object einmal begründete Pfandrecht, also in unserem Falle das Afterpfandrecht des Afterpfandgläubigers, bei Bestand bleiben. Ebenso kann der Afterverpfänder aber auch durch Verzicht über sein Pfandrecht verfügen, also dasselbe und mit ihm das Afterpfandrecht vernichten. Er übt weder hier noch dort ein *in seinem Pfandrecht enthaltenes Recht* aus, sondern benutzt nur eine ihm durch den Umstand gebotene *factische* Möglichkeit, daß das betreffende Recht in seinem Vermögen steht. Gegen eine hieraus dem Afterpfandgläubiger entspringende Gefahr für seine Sicherheit kann ihm ebenso wenig geholfen werden, wie dem Sachenpfandgläubiger gegen die Gefahr, daß nicht etwa der verpfändende Eigenthümer die Pfandsache vernichte. Hier wie dort

fen.[1]) Auch hat die Ansicht Trotsche's bisher keinen Beifall gefunden.[2])

Das Resultat ist also dieses. Das Afterpfandrecht beschränkt den Afterverpfänder unmittelbar in der Ausübung der in seinem Pfandrecht enthaltenen Rechte; doch bleibt er immer noch Pfandberechtigter, das Pfandrecht steht noch immer in seinem Vermögen,

l. 1 C. si pign. pignori (8, 24):

— — tamdiuque eum (secundum creditorem) is, qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus, qui dedit.

Jede Disposition über sein Pfandrecht, die nicht Ausübung desselben ist, bleibt ihm darum nach wie vor frei.

Daraus erklärt sich auch, daß dem Afterverpfänder völlig freisteht, aus seiner Forderung von dem ersten Schuldner Zahlung entgegenzunehmen und damit sein Pfandrecht zu vernichten. Er disponirt damit ebenfalls über sein Pfandrecht, aber ohne Ausübung der in diesem enthaltenen Rechte.

Die Stellung des Afterverpfänders endlich, die derselbe als Schuldner des Afterpfandgläubigers einnimmt, bedarf hier keiner weiteren Erörterung.

1) Vgl. v. Savigny, System Bd. 3. S. 307 ff.
2) Vgl. Dernburg, Pfandrecht I. S. 477 Note 5.

VIII.

Rechtliche Stellung des ersten Verpfänders.

Im Ganzen ändert sich die rechtliche Stellung des ersten Verpfänders nach der von dem ersten Pfandgläubiger vorgenommenen Afterverpfändung nicht wesentlich, denn es wird in dem Afterpfandrecht kein neues Pfandrecht an dem in seinem Vermögen stehenden Object begründet; der dominus tritt durch die Afterverpfändung in kein neues Rechtsverhältniß unmittelbar ein. Nur mittelbar hat dieselbe auf seine Stellung Einfluß. So muß er der actio utilis hypothecaria des Afterpfandgläubigers gegenüber die diesem afterverpfändete Sache herausgeben; so hat auch der von dem Afterpfandgläubiger vorgenommene Verkauf der Sache ihm gegenüber Bestand.[1]) Ebenso wird der Schuldner, dessen nomen er dem Afterverpfänder verpfändet hat, durch die in Folge der Afterverpfändung an den Afterpfandgläubiger geleistete Zahlung ihm gegenüber liberirt, u. s. w. Kurz, in vieler Hinsicht tritt der Afterpfandgläubiger dem ersten Verpfänder gegenüber an die Stelle des ersten Pfandgläubigers.

Eine zweifelhafte Frage ist hier die, ob dem ersten Verpfänder nicht etwa gegen den Afterpfandgläubiger auch eine actio pignoratitia directa unmittelbar zusteht.

Auf eine befriedigende Weise kann dieser Punkt hier seine Erörterung nicht finden[2]), weil dabei Principien in Frage kommen, die völlig außerhalb der Lehre vom Afterpfandrecht liegen.

1) L. 1 C. si pign. pignori (8, 24).

2) Vgl. über denselben Dernburg a. a. O. S. 154 ff. S. 484.

Nach den einschlagenden Quellenstellen scheint die Frage bejaht werden zu müssen. Es heißt in der

l. 2 C. si pign. pignori (8, 24):
Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris jure fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit, examinata fide veri, poteris eam, soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, intercessu praesidis provinciae recuperare.

Diese Stelle verlangt nur, daß der dominus beweise, er habe die Sache verpfändet, und diese sei dem jetzigen Besitzer nicht verkauft, sondern nur afterverpfändet worden. Sie setzt also Beweis des Eigenthums oder des Titels nicht voraus. Zu demselben Resultat scheint der Gedankengang der l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7) zu führen, welche den Satz an die Spitze stellt, daß nach geschehener Befriedigung der creditor restituiren müsse, und an diesen die Bemerkung knüpft, daß Zahlung des dominus auch persecutio und retentio des Afterpfandgläubigers aufhebe. Ebenso spricht das cap. 6 X. de pignorib. (3, 21) die Restitutionsverbindlichkeit des Afterpfandgläubigers an den dominus aus. Die l. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7) redet allerdings nur von einer actio pignoratitia des dominus gegen den ersten Pfandgläubiger.

So war denn auch die ältere Jurisprudenz für Bejahung unserer Frage, z. B. Mevius in der oben, Einleitung S. 4, cit. dec. 342. Zur Unterstützung des bisher Vorgebrachten dient ferner die allgemeine Betrachtung, daß die Quellen überhaupt lieben, den Pfandgläubiger als Procurator des dominus anzusehen, so daß der Afterverpfänder seinerseits die ihm gegen den Afterpfandgläubiger erwachsende actio pignoratitia sofort gleichsam für den dominus erwirbt. Ferner erscheint der Afterpfandgläubiger in dem Besitz der Pfandsache gleichermaßen als Successor, als Vertreter des ersten Pfandgläubigers, als für diesen besitzend, wie wir diese Ansicht namentlich in der schon sonst erwähnten l. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. (44, 3) hervortreten sehen. So heißt es auch in der l. 7 §. 2 C. de

praescr. 30 annor. (7, 39) von dem besitzenden Pfandgläubiger überhaupt:

— utpote imaginem debitoris obtinentem eique possidentem.

Jedenfalls kann der dominus vermöge seiner ihm gegen den Afterverpfänder zuständigen actio pignoratitia directa von diesem Cession der actio pignoratitia verlangen, welche dieser gegen den Afterpfandgläubiger erworben hat.

Der eben zuletzt angeführte Grund ist zugleich entscheidend dafür, daß der dominus auch in der Person des besitzenden Afterpfandgläubigers seinen Usucapionsbesitz fortführt.[1])

Der actio pignoratitia des dominus gegenüber hat der Afterpfandgläubiger kein Retentionsrecht, wie das die l. 2 C. si pign. pignori (8, 24) mit den Worten bezeugt:

poteris eam (possessionem), soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, intercessu praesidis provinciae recuperare.

Der dominus hat dem ersten Pfandgläubiger gezahlt; der Afterpfandgläubiger soll nun wegen irgend welcher eigener Forderungen keine Schwierigkeiten mehr mit der Restitution der Pfandsache machen können.[2]) Der theoretische Grund ist einfach der, daß der Afterpfandgläubiger an der Pfandsache, welche er besitzt, niemals irgend ein Pfandrecht gehabt hat.

Die Frage, wie sich die hyperocha bestimme, welche der dominus zu fordern hat, ist nach unserer Ansicht unschwer zu entscheiden. Die Afterverpfändung ändert an den bisher bestandenen Verhältnissen Nichts, weil sie kein neues Pfandrecht an dem dem dominus gehörigen Object constituirt. Wir brauchen uns hier nicht mehr, wie Trotsche[3]), darauf zu berufen, daß die Lage des dominus durch die Afterverpfändung nicht verschlimmert werden dürfe.

Die actio pignoratitia, die dem ersten Verpfänder gegen

1) And. Ans. Büchel a. a. O. S. 396.

2) Ebenso entscheidet das in der Einleitung angeführte Responsum der Erfurter Juristenfacultät n. 56.

3) S. 42.

den ersten Pfandgläubiger zustand, bleibt ganz in ihrem alten Bestande.[1]) Ein Ausfluß der von diesem zu prästirenden diligentia ist, daß derselbe im Fall der Afterverpfändung für culpa in eligendo haftet.[2])

1) Vgl. l. 11 §. 5. D. de pign. act. (13, 7).

2) Vgl. Dernburg S. 484. Das österr. Gesetzbuch §. 460 steigert die obligatio des Afterverpfänders zu einer Haftung für jeden casus, der das Pfand bei ihm nicht betroffen hätte.

Druck von J. B. Hirschfeld in Leipzig.



